

Die Sonderbehandlung des Irrtums  
beim Notstand nach § 40  
des Entwurfs des allgemeinen Teils  
eines Strafgesetzbuches von 1958

von

ERICH SENGMÜLLER



DIE SONDERBEHANDLUNG DES IRRTUMS BEIM NOTSTAND NACH § 40 DES  
ENTWURFS DES ALLGEMEINEN TEILS EINES STRAFGESETZBUCHES VON 1958

Inaugural - Dissertation  
zur Erlangung der Doktorwürde  
einer Hohen Juristischen Fakultät  
der Ludwig-Maximilians-Universität  
zu München



vorgelegt von  
Erich Sengmüller  
Rechtsreferendar

München

1960

5349/60.

Referent: Prof. Dr. Dr. Engisch

Correferent: Prof. Dr. Maurach

Tag der mündlichen Prüfung:

26. Februar 1960

Meiner lieben Frau



Digitized by the Internet Archive  
in 2026

# Inhaltsübersicht

Seite

Literaturverzeichnis

V

Abkürzungen

IX

## Erstes Kapitel

Rückblick auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs zum Putativnotstand

1

Erster Abschnitt. Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs zum sogen. übergesetzlichen Putativnotstand und zum übergesetzlichen Notstand

1

I. Rechtsprechung zum sog. übergesetzlichen Putativnotstand

1

II. Rechtsprechung zum sog. übergesetzlichen Notstand

9

Zweiter Abschnitt. Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs zum Putativnotstand nach § 54 StGB

12

## Zweites Kapitel

Die theoretischen Grundlagen zum Problem des Putativnotstands

16

Erster Abschnitt. Die Stellung der Wissenschaft zum "übergesetzlichen" Putativnotstand

16

I. Das Problem der Unterscheidbarkeit von Tatbestands- und Verbotsirrtum im allgemeinen

17

II. Das Problem der Unterscheidbarkeit von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei den Rechtfertigungsgründen

20

Zweiter Abschnitt. Die Stellung der Wissenschaft zum Putativnotstand nach § 54 StGB

39

Drittes Kapitel

|                                                                                                                           |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <u>Die Sonderbehandlung des Irrtums beim Not-</u><br><u>stand nach § 40 des Entwurfs 1958</u>                             | 42 |
| <u>Erster Abschnitt.</u> Der Begriff des Notstands-<br>irrtums nach dem Entwurf                                           | 42 |
| <u>Zweiter Abschnitt.</u> Die Behandlung des Not -<br>standsirrtums in § 40 des Entwurfs                                  | 45 |
| I. Die Behandlung putativer Rechtfertigungs-<br>und Entschuldigungsgründe im allgemeinen                                  | 45 |
| II. Die Sonderbehandlung des Notstandsirr -<br>tums in § 40 des Entwurfs                                                  | 47 |
| III. Rechtliche Konstruktion der Prüfungs -<br>pflicht beim Irrtum über den rechtfertigenden<br>Notstand nach dem Entwurf | 49 |

Viertes Kapitel

|                                                                                                                                                           |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <u>Kritische Stellungnahme zu § 40 des Entwurfs</u><br><u>1958</u>                                                                                        | 51 |
| <u>Erster Abschnitt.</u> Kritische Stellungnahme zu<br>der allgemeinen Irrtumsvorschrift des § 19 d.E.<br>über Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe | 52 |
| I. Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe (§ 19<br>d.E.)                                                                                                   | 52 |
| A) Dogmatische Untersuchungen                                                                                                                             | 52 |
| B) Sozialethische Überlegungen                                                                                                                            | 73 |
| C) Die Folgerungen für § 19 d.E.                                                                                                                          | 81 |
| II. Der Irrtum über Entschuldigungsgründe (§ 19<br>des Entwurfs)                                                                                          | 82 |
| <u>Zweiter Abschnitt.</u> Kritische Stellungnahme zu<br>der Sondervorschrift des § 40 d.E. über den Not-<br>standsirrtum                                  | 85 |
| I. Der Irrtum über den rechtfertigenden Notstand                                                                                                          | 85 |
| A) Gründe, die eine Sonderregelung des Irr -<br>tums über den rechtfertigenden Notstand<br>nach den Grundsätzen über den Verbotsirr-<br>tum verbieten     | 85 |

|                                                                                                                                                                                    |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| B) Unterschiede des rechtfertigenden<br>Notstands zu anderen Rechtferti -<br>gungsgründen, die eine von § 19 d.E.<br>abweichende Regelung des Putativ -<br>notstands rechtfertigen | 92  |
| C) Stellungnahme zur Rechtsprechung<br>des Reichsgerichts und des Bundes -<br>gerichtshofes zum "übergesetzlichen"<br>Putativnotstand                                              | 98  |
| II. Der Irrtum über den entschuldigenden<br>Notstand                                                                                                                               | 103 |

Literaturverzeichnis

- B a u m g a r t e n , Arthur      Der Aufbau der Verbrechens-  
lehre, Tübingen 1913
- B e l i n g , Ernst      Die Lehre vom Verbrechen,  
Tübingen 1906
- B e r g , Otto      Der gegenwärtige Stand der  
Schuldlehre im Strafrecht,  
Strafr. Abh. 220
- B u s c h , Richard      Über die Abgrenzung von Tat-  
bestands- und Verbotsirrtum,  
Mezger-Festschr., München und  
Berlin 1954, S.165 ff
- D o h n a , Alexander Graf zu      Der Aufbau der Verbrechenslehre,  
4.Aufl., Bonn 1951
- E n g i s c h , Karl      Untersuchungen über Vorsatz  
und Fahrlässigkeit im Straf-  
recht, Berlin 1930
- Die Kausalität als Merkmal der  
strafrechtlichen Tatbestände,  
Tübingen 1931
- Die normativen Tatbestandsele-  
mente im Strafrecht, Mezger-  
Festschr.1954, S.127 ff
- Bietet die Entwicklung der  
dogmatischen Strafrechtswis-  
senschaft seit 1930 Veranlas-  
sung, in der Reform des Allge-  
meinen Teils des Strafrechts  
neue Wege zu gehen? ZStW 66,339ff
- Tatbestandsirrtum und Verbots-  
irrtum bei Rechtfertigungsgrün-  
den, ZStW 70,566 ff
- Entwurf des Allgemeinen Teils eines StGB von 1958 mit Begründung
- F r a n k , Reinhard      Das Strafgesetzbuch für das  
Deutsche Reich, 18.Aufl., Tü-  
bingen 1931
- F u k u d a , Taira      Das Problem des Irrtums über  
Rechtfertigungsgründe, JZ 58,  
143 ff
- H a r d w i g , Werner      Sachverhaltsirrtum und Pflicht-  
irrtum, Goldt.Arch. 1956,369 ff
- H a r t u n g , Fritz      Um die Behandlung des Verbots-  
irrtums im Strafrecht, JR 50,  
545 ff
- Irrtum über negative Tatum-  
stände, NJW 51,209 ff

- H a r t u n g , Fritz Die Entscheidung des Bundesgerichtshofes zur Frage des Verbotsirrtums, NJW 52, 761 ff
- K a u f m a n n , Armin Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, Göttingen 1954  
Tatbestandseinschränkung und Rechtsfertigung, JZ 55,37 ff
- K a u f m a n n , Arthur Zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, JZ 54,653 ff  
Tatbestand, Rechtfertigungsgründe und Irrtum, JZ 56,353 ff,393 ff
- K o h l r a u s c h , Eduard Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht I, Berlin 1903
- L a n g - H i n r i c h s e n Dietrich Tatbestandslehre und Verbotsirrtum, JR 52,302 ff,356 ff  
Zur Frage des Unrechtsbewußtseins, ZStW 63,332 ff
- L a n g e , Richard Zum Denunziantenproblem, SJZ 48,Sp. 302 ff  
Irrtumsfragen bei der ärztlichen Schwangerschaftsunterbrechung, JZ 53, 9 ff
- M a u r a c h , Reinhart Deutsches Strafrecht, Allg.Teil,2.Aufl., Karlsruhe 1958
- M a y e r , Max Ernst Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, Heidelberg 1915
- M a y e r , Hellmuth Strafrecht, Allg.Teil, Stuttgart 1953  
Der Bundesgerichtshof über das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, MDR 52,392 ff
- M e r k e l , Adolf Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Stuttgart 1889
- M e r k e l , Paul Schuld, Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum, JW 24,1677 ff; 25,893 ff  
Grundriß des Strafrechts, Allg.Teil, Bonn 1927
- M e z g e r , Edmund Unrechtsbewußtsein im Strafrecht, NJW 51,500 ff  
Wandlungen der strafrechtlichen Tatbestandslehre, NJW 53,2 ff  
Teilnahme an unvorsätzlichen Handlungen, JZ 54,312 ff  
Leipziger Kommentar Bd.I,7.Aufl., Berlin 1954  
Strafrecht,Allg.Teil.Ein Studienbuch. 7.Aufl.,München und Berlin 1957

Niederschriften über die Sitzungen der Großen  
Strafrechtskommission, Band II, 1958

- Niese, Werner Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Tübingen 1951  
Die finale Handlungslehre und ihre praktische Bedeutung, DRiZ 52,21 ff  
Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe, DRiZ 53,20 ff
- Nowakowski, Friedr. Rechtsfeindlichkeit, Schuld, Vor-  
satz, ZStW 65,379 ff
- Radbruch, Gustav Zur Systematik der Verbrechenslehre,  
Frank-Festgabe I, Tübingen 1930, S.158 ff
- Rotberg, Hans Eberh. Gesetz über Ordnungswidrigkeiten,  
2.Aufl., Berlin-Frankfurt 1958
- Sauer, Wilhelm Allgemeine Strafrechtslehre, 2.Aufl.,  
Berlin 1949  
Die beiden Tatbestandsbegriffe - Zur  
Lehre von den äußeren Strafbarkeits-  
voraussetzungen, Mezger-Festschr.  
1954, S.117 ff
- Schaffstein, Friedr. Putative Rechtfertigungsgründe und  
finale Handlungslehre, MDR 51, 196 ff  
Der Irrtum bei der Wahrnehmung be-  
rechtigter Interessen, NJW 51,691 ff
- Schmidt, Eberhard Das Reichsgericht und der "überge-  
setzliche Notstand", ZStW 49,350 ff
- Schröder, Horst Die Irrtumsrechtsprechung des BGH,  
ZStW 65,178 ff
- Warda, Günter Die Verbotsirrtumsregelung des § 31  
WiStG in ihrer Abgrenzung gegen die  
allgemeine Irrtumsbestimmung des  
§ 59 StGB, JR 50,546 ff
- v. Weber, Hellmuth Grundriß des Deutschen Strafrechts,  
Bonn 1946  
Der Irrtum über einen Rechtferti-  
gungsgrund, JZ 51,260 ff  
Negative Tatbestandsmerkmale, Mez-  
ger-Festschr. 1954, S.183 ff
- Wegner, Arthur Strafrecht, Allg. Teil, Göttingen 1951
- Weitz, Gerhard Die Arten des Irrtums, Strafr. Abh. 286
- Welzel, Hans Der Irrtum über die Rechtswidrig-  
keit des Handelns, SJZ 48,368 ff  
Nochmals der Verbotsirrtum, NJW 51,  
577 ff  
Der Irrtum über einen Rechtfertigungs-  
grund, NJW 52,564 ff

W e l z e l , Hans

Zur Abgrenzung des Tatbestandsirrtums vom Verbotsirrtum, MDR 52,584 ff  
Das neue Bild des Strafrechtssystems, 2. Aufl., Göttingen 1952

Aktuelle Strafrechtsprobleme im Rahmen der finalen Handlungslehre, Karlsruhe 1953

Der übergesetzliche Notstand und die Irrtumsproblematik, JZ 55,142 ff

Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislatorisches Problem, ZStW 67,196 ff

Das deutsche Strafrecht, 6.Aufl., Berlin 1958

A b k ü r z u n g e n

|                           |                                                                                              |
|---------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------|
| a.A. . . . .              | anderer Ansicht                                                                              |
| a.a.O. . . . .            | am angegebenen Ort                                                                           |
| abgek. . . . .            | abgekürzt                                                                                    |
| Abs. . . . .              | Absatz                                                                                       |
| Allg. Teil . . . . .      | Allgemeiner Teil                                                                             |
| Anl. . . . .              | Anlage                                                                                       |
| Anm. . . . .              | Anmerkung                                                                                    |
| Aufl. . . . .             | Auflage                                                                                      |
| Bd.. . . .                | Band                                                                                         |
| Begr. . . . .             | Begründung                                                                                   |
| BGB . . . . .             | Bürgerliches Gesetzbuch                                                                      |
| BGH . . . . .             | Bundesgerichtshof                                                                            |
| BGHSt . . . . .           | Bundesgerichtshof, Amtliche Sammlung der Entscheidungen des BGH in Strafsachen (Band, Seite) |
| BJM . . . . .             | Bundesjustizministerium                                                                      |
| bzw. . . . .              | beziehungsweise                                                                              |
| d.E. . . . .              | des Entwurfs 1958                                                                            |
| d.h. . . . .              | das heißt                                                                                    |
| D.RiZ . . . . .           | Deutsche Richterzeitung                                                                      |
| Einl. . . . .             | Einleitung                                                                                   |
| Festschr. . . . .         | Festschrift                                                                                  |
| ff . . . . .              | folgende                                                                                     |
| Goltd.Arch., GA . . . . . | Goltdammers Archiv für Strafrecht und Strafprozeßrecht (Band, Seite)                         |
| i.S. . . . .              | im Sinne                                                                                     |
| JR . . . . .              | Zeitschrift "Juristische Rundschau" (Jahrgang, Seite)                                        |
| JW . . . . .              | Juristische Wochenschrift                                                                    |
| JZ . . . . .              | Juristenzeitung (Jahrgang, Seite)                                                            |
| Komm. . . . .             | Kommentar                                                                                    |
| Lehrb. . . . .            | Lehrbuch                                                                                     |
| li.u. . . . .             | links unten                                                                                  |
| LK . . . . .              | Leipziger Kommentar                                                                          |
| L.v.d.n.T. . . . .        | Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen                                                 |

|              |                                                                                                           |
|--------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| m.a.W.       | mit anderen Worten                                                                                        |
| MDR          | Monatsschrift für Deutsches Recht<br>(Jahrgang, Seite)                                                    |
| NJW          | Neue Juristische Wochenschrift<br>(Jahrgang, Seite)                                                       |
| N.Schr.      | Niederschrift, Niederschriften über<br>die Sitzungen der Großen Strafrechts-<br>kommission, Band II, 1958 |
| österr. StGB | Österreichisches Strafgesetzbuch                                                                          |
| OWiGes       | Ordnungswidrigkeitengesetz                                                                                |
| RG           | Reichsgericht                                                                                             |
| RGst         | Reichsgericht, Amtliche Sammlung<br>der Entscheidungen des RG in Straf-<br>sachen (Band, Seite)           |
| RGBL         | Reichsgesetzblatt (Jahrgang, Teil,<br>Seite)                                                              |
| S.           | Seite                                                                                                     |
| SJZ          | Süddeutsche Juristenzeitung                                                                               |
| sog.         | sogenannt                                                                                                 |
| StGB         | Strafgesetzbuch                                                                                           |
| Sp.          | Spalte                                                                                                    |
| Strafr.Abh.  | Strafrechtliche Abhandlungen (Jahr-<br>gang, Heft, Seite)                                                 |
| u.a.         | unter anderem                                                                                             |
| u.s.w.       | undsowweiter                                                                                              |
| vgl.         | vergleiche                                                                                                |
| WiStG        | Wirtschaftsstrafgesetz                                                                                    |
| z.B.         | zum Beispiel                                                                                              |
| ZStW         | Zeitschrift für die gesamte Straf-<br>rechtswissenschaft (Band, Seite)                                    |

Die Bedeutung weiterer Abkürzungen ergibt sich aus dem Lite-  
raturverzeichnis.

Verweisungen auf Anmerkungen ohne Angabe der Seitenzahl be-  
ziehen sich auf Anmerkungen innerhalb desselben Kapitels der  
Arbeit.







## Erstes Kapitel

### Rückblick auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs zum Putativnotstand

#### Erster Abschnitt. Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs zum sogenannten übergesetzlichen Putativnotstand und zum übergesetzlichen Notstand

#### I. Rechtsprechung zum sogenannten übergesetzlichen Putativnotstand

1. Im Jahre 1928 hatte das R e i c h s g e r i c h t <sup>1)</sup> einen Fall zu entscheiden, bei dem sich mehrere wegen Abtreibung angeklagte Frauen auf übergesetzlichen Notstand beriefen.

Das Instanzgericht hatte das Vorliegen objektiver Notstandsvoraussetzungen verneint, doch war zweifelhaft geblieben, ob dies in allen Fällen ausreichend begründet war. Das Reichsgericht führt aber aus, daß es darauf nicht ankomme. Denn für die Annahme des Rechtfertigungsgrundes des "übergesetzlichen" Notstands müsse außer dem Vorliegen eines Notstands - hier einer durch die Schwangerschaft begründeten gegenwärtigen Gefahr der Vernichtung des Lebens oder einer schweren Schädigung der Gesundheit der Schwangeren, die nur durch die Vernichtung der Leibesfrucht abgewendet werden könne - noch eine weitere s a c h l i c h e Voraussetzung gefordert werden und an dieser fehle es: Die Anerkennung des Rechtfertigungsgrundes des übergesetzlichen Notstands beruhe nämlich auf dem Rechts-

---

1) RGSt 62/137 ff.

grundsatz, daß es dann, wenn zwei rechtlich geschützte Güter in Widerstreit gerieten und das eine nur auf Kosten des anderen erhalten werden könne, nicht gegen die Rechtsordnung verstoße, also nicht rechtswidrig sei, das höherwertige auf Kosten des geringerwertigen zu wahren. Die Anwendung des Rechtsgrundsatzes auf den Einzelfall setze also neben dem Bestehen des Notstands voraus, daß vor der Notstandshandlung die im Widerstreit stehenden Güter wirklich p f l i c h t m ä ß i g abgewogen würden. Eine solche Abwägung der Güter setze ferner ihrerseits wieder eine g e w i s s e n h a f t e P r ü f u n g voraus, ob überhaupt ein Widerstreit rechtlich geschützter Güter vorliege, der nur durch Verletzung des einen Gutes gelöst werden könne.

Das pflichtmäßige Ermessen bilde hier, wie auch in anderen Fällen <sup>2)</sup> eine sachliche Voraussetzung für die Anerkennung der Rechtmäßigkeit... Fehle es an einer solchen Prüfung, dann bestehe der Rechtfertigungsgrund selbst dann nicht, wenn nachträglich festgestellt werde, daß die sonstigen Voraussetzungen gegeben seien.

Auf Grund des Instanzurteils nahm nun das Reichsgericht an, daß es der angeklagten Abtreiberin "völlig gleichgültig war, ob ein Notstand vorliege oder nicht." Sie habe also die Voraussetzungen einer pflichtmäßigen Prüfung nicht erfüllt und könne sich schon aus diesem Grund nicht auf den Rechtfertigungsgrund des übergesetzlichen Notstands berufen.

2. Diese Rechtsprechung setzte das Reichsgericht in RGSt 63/227 ff., RGSt 64/104 und RGSt 77/113 ff. fort.

In RGSt 63/227 ff. wird ausgeführt: "Es bedarf deshalb keiner Erörterung, ob im Rahmen des übergesetzlichen Notstands der Irrtum des Angeklagten überhaupt Beachtung finden könnte, weil der Angeklagte nicht die erforderli-

---

2) vgl. RGSt 59/330/33; 404/407

che pflichtgemäße Prüfung vorgenommen hat, ob hier überhaupt ein solcher Widerstreit rechtlich geschützter Interessen vorlag, der nur durch Verletzung des einen Guts gelöst werden konnte" und in RGSt 64/104: "... Denn jedenfalls läßt sich eine Tat aus dem Gesichtspunkt des übergesetzlichen Notstands nicht rechtfertigen, wenn der Täter nicht gewissenhaft geprüft hat, ob ein Widerstreit rechtlich geschützter Güter vorliegt, der nur durch Verletzung des einen Gutes gelöst werden kann."

Besonders lehrreich ist die Entscheidung des Reichsgerichts in RGSt 77/113 ff. Diesem Urteil, das am 4.6.1943 erging, lag kurz folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Angeklagte, der Ortsbauernführer war, bewirtschaftete in N. einen Pachthof.

Von Mitte Januar bis Ende Februar 1942 war ein Treibstoffzug des Betriebsstoff-Nachschublagers K. im Bahnhof N. abgestellt. Der Betriebsstoff war für die Ostfront bestimmt. Die drei Soldaten, die dem Zug als Begleitkommando beigegeben waren, aßen täglich umsonst bei dem Angeklagten. Eines Tages erzählte ihnen die Ehefrau des Angeklagten, dem Fuhrunternehmer, der die Milch des ganzen Dorfes nach D. bringe, sei die Achse am Fuhrwerk gebrochen; deshalb könne die Milch nicht befördert werden. Ihr Mann könne zwar mit dem Traktor helfen, habe aber kein Benzin. Darauf erklärten die Soldaten, sie wollten dem Angeklagten von dem Benzin aus dem Treibstoffzug etwas mitgeben. Sie entwendeten daraus circa 350 Liter, die der Angeklagte von zwei Arbeitern abholen ließ. Da die Milchversorgung der Stadt D. gefährdet war, holte der Angeklagte bei etwa hundert Bauern die Milch ab und beförderte die in den Gemeinden N., S. und H. gesammelte Milch nach D. Außerdem fuhr er mit dem Benzin für einen Kohlenhändler Briketts, damit die Bäcker backen könnten.

Die Soldaten wurden vom Divisionsgericht wegen Diebstahls, der Angeklagte vom Schöffengericht u. a. wegen Hehlerei bestraft.

Soweit das Schöffengericht den Angeklagten wegen Hehlerei verurteilte, legte der Oberreichsanwalt Nichtigkeitsbe -

schwerde zugunsten des Angeklagten ein.

Der mit der Entscheidung befaßte Senat hält die Nichtigkeitsbeschwerde für begründet und führt in den Urteilsgründen aus, daß die Frage, ob auf Grund eines Notstands die Rechtswidrigkeit der Tat ausgeschlossen sei, nach dem Grundsatz der Güter- und Pflichtenabwägung, der auch dem § 904 BGB zugrunde liege, zu prüfen sei; dieser Grundsatz besage folgendes: wenn eine Handlung, die den äusseren Tatbestand einer Straftat erfülle, das einzige Mittel sei, um ein Rechtsgut zu schützen, so sei die Frage nach der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit einer Handlung nach dem Verhältnis des Wertes der Rechtsgüter zu entscheiden, die miteinander in Widerstreit stünden. Voraussetzung der Annahme eines übergesetzlichen Notstands sei nicht nur, daß geschützte Rechtsgüter in Widerstreit gerieten und das eine nur auf Kosten des anderen erhalten werden könne, sondern es müsse auch eine gewissenhafte Prüfung und Abwägung der einander gegenüberstehenden Güter ergeben, der Mehrwert des gefährdeten Rechtsgutes sei so erheblich, daß dem Täter bei billiger Beurteilung der im Einzelfall gegebenen Sachlage nicht zugemutet werden könne, die Tat zu unterlassen, die er zum Schutze des Rechtsgutes unternehme. Entscheidend sei dabei, daß die an sich strafbare Handlungsweise nach vernünftiger Erwägung das einzige Mittel sei, um die Gefahr von den Gütern abzuwenden, die der Täter schützen wolle.

Wörtlich fährt das Urteil fort: "Die Schuld des Angeklagten könnte dann entfallen, wenn der Angeklagte von einer Sachlage ausgegangen sein sollte, die seine Handlungsweise gerechtfertigt hätte, und wenn er an eine Not der Bevölkerung geglaubt und nach s o r g f ä l t i g e r P r ü f u n g die Überzeugung erlangt hätte, daß diese Not vor- dringlicher sei als der Bedarf der Front an dem im Bahn- hof lagernden Benzin und daß sie nur durch einen Eingriff in das Eigentum der Wehrmacht beseitigt werden könne. Wä- re diese Voraussetzung gegeben, so könnte dem Angeklagten der § 59 StGB zugute kommen..."

3. Der Bundesgerichtshof hat die Rechtsprechungsgrundsätze des Reichsgerichts zum sogenannten übergesetzlichen Putativnotstand ohne Einschränkungen übernommen.

In BGH St 2, 111 ff (114) heist es: "Aus dem Erfordernis, daß die Handlung zur Abwendung einer ernstesten Gefahr für das Leben oder die Gesundheit der Mutter vorgenommen werden muß, ergibt sich, daß der Rechtfertigungsgrund des übergesetzlichen Notstands nicht allein in den äußeren Umständen liegt, sondern auch in den Vorstellungen, durch die sich der Handelnde bei seinem Verhalten bestimmen läßt. Die Rechtsprechung hat diesen Gedanken schon vor dem Gesetz vom 14. Juli 1933 entwickelt. Sie hat mit aller Entschiedenheit ausgesprochen, daß sich eine Tat aus dem übergesetzlichen Notstand nur rechtfertigen lasse, wenn der Täter vorher gewissenhaft geprüft hat, ob ein Widerstreit rechtlich geschützter Güter vorliege, der nur durch Verletzung des einen Gutes gelöst werden könne (RGSt 62, 137/38; 64, 101/104...) ... Der übergesetzliche Notstand enthält also ein 'subjektives Rechtfertigungselement' ebenso wie der Rechtfertigungsgrund der Notwehr, der nur für eine vom Verteidigungswillen getragene Willensbetätigung gilt. "

Im Urteil vom 2.3.1951 - 3 StR 6/51 <sup>3)</sup> stellt der Bundesgerichtshof folgenden Leitsatz auf: "Hinsichtlich des übergesetzlichen Notstands im Bereich der Abtreibung schließt sich der Senat der Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGSt 61, 242; 62, 139) an."

In BGHSt 3, 7 ff (9) bekennt sich der Bundesgerichtshof ebenfalls zu den vom Reichsgericht entwickelten Grundsätzen. Er stellt fest, daß der Schwangerschaftsunterbrechung, wenn sie als Handlung im übergesetzli-

---

<sup>3)</sup> NJW 51, 412 ff

ohen Notstand gerechtfertigt sein soll, eine sorgsame und gewissenhafte Prüfung vorausgehen müsse, ob die Rettung des Lebens der Mutter nicht auf andere Weise als durch Aufopferung der Leibesfrucht erreicht werden könne.

4. Im Zusammenhang mit dieser Judikatur zum "übergesetzlichen" Putativnotstand steht die höchststrichterliche Rechtsprechung zum Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen (§193 StGB); ist doch "die Anerkennung der Wahrnehmung berechtigter Interessen als Rechtfertigungsgrund lediglich eine Anwendung des für Fälle des Notstands - der 'Interessenkollision' - geltenden Grundsatzes der Güterabwägung", wie es in RGSt 62,83 ff (92); 65,422 ff heisst.

Nach RGSt 62,92; 63,93 ff; 63,202 ff (204) erfordert §193 StGB ein Abwägen der Interessen, denen er Schutz gewähren will, gegenüber dem Interesse am Schutz fremder Ehre. Danach ist ein Angriff auf die Ehre anderer durch Behauptungen, deren Wahrheit dem Behauptenden selbst zweifelhaft ist, ohne genaue Prüfung und ohne Andeutung der bestehenden Zweifel eine Leichtfertigkeit, für die der Schutz des § 193 StGB nicht in Frage kommen kann. Wörtlich stellt das Reichsgericht <sup>4)</sup> fest: "Der Schutz des § 193 StGB versagt, wenn leichtfertig durch die Behauptung von Tatsachen, an deren Wahrheit der Behauptende selbst Zweifel hegt, die Ehre anderer gröblich verletzt wird."

Auch hierin folgt der Bundesgerichtshof dem Reichsgericht. Der erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofs führt in der Entscheidung vom 26.10.1951 <sup>5)</sup> in den Leitsätzen aus: "Nach dem für alle Fälle des Interessenwiderstreits geltenden Grundsatz der Güter- und Pflichtenabwägung sind rechtsverletzende Äusserungen nur dann durch die Wahrung berechtigter Interessen gerechtfertigt, wenn sie nach Inhalt, Form

---

<sup>4)</sup>RGSt 63,204

<sup>5)</sup>JZ 52,227 ff

und Begleitumständen zur Erreichung eines rechtlich gebilligten Zweckes objektiv erforderlich sind. Ein Irrtum über die Notwendigkeit der Schwere und des Ausmaßes des Eingriffs in ein geschütztes Rechtsgut schließt, wenn er entschuldbar ist, nur die Schuld des Verletzers, nicht aber die Widerrechtlichkeit des objektiv übermäßigen Eingriffs aus." Ergänzend heißt es in den Urteilsgründen, daß derjenige, der in einen fremden Rechtskreis zugunsten eigener oder ihm besonders nahestehender Belange störend eingreifen wolle, besonders sorgfältig zu prüfen habe, ob die Rechtsverletzung, die er begehen wolle, zur sachgemäßen Interessenwahrnehmung nach Schwere und Ausmaß erforderlich sei. Unterbleibe diese Prüfung, bei der auch der Schutzwert des angegriffenen Rechtsgutes zu berücksichtigen sei, so sei das stets rechtswidrige Übermaß der Rechtsverletzung auch bei einem Irrtum über seine Erforderlichkeit nicht entschuldbar.

5. Alle diese höchststrichterlichen Entscheidungen zeigen, daß das Reichsgericht <sup>6)</sup> und ihm folgend der Bundesgerichtshof in die Lehre vom "übergesetzlichen" Putativnotstand - also vom vermeintlichen rechtfertigenden Notstand - das Erfordernis der p f l i c h t m ä ß i g e n P r ü f u n g d e r o b j e k t i v e n N o t s t a n d s v o r a u s s e t z u n g e n eingebaut haben. Das kommt in RGSt 77, 116 besonders deutlich zum Ausdruck, wo betont wird, daß die Schuld des Angeklagten dann entfallen könnte, wenn er "von einer Sachlage ausgegangen sein sollte, die seine Handlungsweise gerechtfertigt hätte, und wenn er an eine Not der Bevölkerung geglaubt und nach sorgfältiger Prüfung die Überzeugung erlangt hätte, daß diese Not vordringlicher sei als der Bedarf der Front an dem im Bahnhof lagernden Benzin.." Damit wenden das Reichsgericht und der Bundesgerichtshof bei der Behandlung des vermeintlichen rechtfertigenden Notstands andere Rechtsgrundsätze an als bei anderen putativen Rechtfertigungsgründen. Bei jenem kommt nämlich dem Täter

---

6) seit RGSt 62, 137 ff

ein Irrtum über die objektiven Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes in dem Sinne, daß er nach § 59 StGB den Vorsatz ausschließt, nur zugute, wenn der Täter dem Irrtum trotz "pflichtmäßiger Prüfung der Sachlage" <sup>7)</sup> erlegen war, während bei diesen nach der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs die irrtümliche Annahme von Rechtfertigungsvoraussetzungen den Vorsatz beiseitigt und eine Bestrafung nur wegen fahrlässigen Delikts zuläßt <sup>8)</sup>.

So nahm das Reichsgericht eine vorsatzausschließende Wirkung des Irrtums über tatsächliche Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes im Fall irrtümlicher Annahme einer Notwehrlage nach § 53 Abs.2 StGB (sogenannte Putativnotwehr) u.a. in RGSt 54,199; 63,219; 72,302 an.

In RGSt 54,199 heißt es: "Wohl aber wäre... die Strafbarkeit der letzteren... mindestens wegen vorsätzlicher Körperverletzung aus dem Grunde des fehlenden Vorsatzes ausgeschlossen, wenn sie irrtümlicherweise der Ansicht waren, ihr Gegenschießen sei durch Notwehr geboten (§ 59 StGB, RGSt 21,189)" und in RGSt 72,302: "...Hier wäre der Irrtum des Täters, daß die tatsächlichen Merkmale der Notwehr gegeben seien, nach dem § 59 StGB ein Entschuldigungsgrund, der seinen Vorsatz ausschließen würde."

Nach den- selben Rechtsgrundsätzen entschied das Reichsgericht die irrtümliche Annahme eines Selbsthilferechts <sup>9)</sup> und eines Züchtigungsrechts. <sup>10)</sup>

---

<sup>7)</sup> RGSt 62,137 ff

<sup>8)</sup> vgl. W e l z e l, Der übergesetzliche Notstand und die Irrtumsproblematik, JZ 55,142 ff

<sup>9)</sup> vgl. RGSt 69, 312, wo ausgeführt wird, daß ein Irrtum über die Bedeutung des § 229 BGB ein Irrtum nach § 59 StGB sei, der die Bestrafung wegen vorsätzlicher Tötung ausschließt

<sup>10)</sup> vgl. RGSt 65,265: "Hat der Lehrer über die tatsächlichen Voraussetzungen eines Züchtigungsrechts in entschuldigbarer Weise geirrt, so ist gemäß § 59 Abs.1 StGB seine Bestrafung wegen vorsätzlicher Körperverletzung... ausgeschlossen."

Diesen Standpunkt des Reichsgerichts hat der Bundesgerichtshof u.a. in den Entscheidungen BGHSt 3,105 ff und 3,194 ff ausdrücklich anerkannt.

In BGHSt 3,105 ff wird der Fall eines irrtümlich angenommenen Züchtigungsrechts behandelt. Der Bundesgerichtshof stellt fest, daß die irrige Annahme eines zur Züchtigung an sich berechtigenden Sachverhalts, aus dem der Täter auf seine Züchtigungsbefugnis in diesem Fall schließe, als Tatirrtum nach § 59 StGB zu behandeln sei.

Für den Fall einer irrtümlich angenommenen Notwehrlage stellt der Bundesgerichtshof <sup>11)</sup> folgenden Grundsatz auf:

"Irrt der in Notwehr Handelnde infolge einer Täuschung über die Nachhaltigkeit und Stärke des Angriffs über die Grenzen der notwendigen Verteidigung, so handelt er im Tatirrtum." Auf Seite 196 dieser Entscheidung wird klargestellt, daß ein solcher Tatirrtum ein Irrtum über einen Tatumsstand i.S. des § 59 StGB ist. <sup>12)</sup>

## II. Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs zum "übergesetzlichen" Notstand.

1. Schon die oben angeführten Entscheidungen des Reichsgerichts <sup>13)</sup> haben gezeigt, nach welchen Grundsätzen das Reichsgericht zur Frage der Rechtmäßigkeit einer Notstandshandlung Stellung genommen hat. Das soll im folgenden näher dargestellt werden. <sup>14)</sup>

---

Dagegen würde der Lehrer aus dem Gesichtspunkt des § 59 Abs.2 wegen fahrlässiger Körperverletzung... zu bestrafen sein, wenn der Irrtum durch Fahrlässigkeit verschuldet wäre."

11) BGHSt 3,194

12) vgl. auch Leitsatz 3 des Urteils des BGH vom 2.3.1951, NJW 51, 412 ff: "Der Vorsatz im Sinne des § 59 StGB ist ausgeschlossen, wenn der Angeklagte infolge tatsächlichen Irrtums eine Sachlage angenommen hat, die, wenn sie vorhanden wäre, einen anerkannten Rechtfertigungsgrund bilden würde. Dies gilt auch dann, wenn der Irrtum verschuldet ist..."

13) vor allem RGSt 62,137 ff und 77,116

14) Ein kurzes Eingehen auf den sogenannten übergesetzlichen Notstand ist unumgänglich schon um deswillen,

Grundlegend ist die berühmte Entscheidung vom 11.3.1927, die in RGSt 61,242 ff enthalten ist.

Das Reichsgericht befaßt sich zunächst mit dem Begriff des Notstands. Ausgehend von der Schwangerschaftsunterbrechung aus "medizinischer Indikation", bei der stets ein Notstand vorliege, nämlich ein Zustand gegenwärtiger Gefahr für das Rechtsgut des Lebens oder der Gesundheit der Schwangeren, der nicht anders beseitigt werden könne, als durch einen den äusseren Tatbestand einer strafbaren Handlung erfüllenden Eingriff in das Rechtsgut des Lebens der Leibesfrucht, führt das Reichsgericht aus, daß die Notstandshandlung in diesem besonderen Fall gegen dasjenige Rechtsgut gerichtet sei, von welchem die Gefahr drohe, ohne daß jedoch ein rechtswidriger Angriff im Sinne der Bestimmungen der §§ 53 StGB, 227 BGB über die Notwehr in Frage komme.

Die Notstandslage ist demnach gekennzeichnet durch die Kollision mehrerer Rechtsgüter, genauer "durch die Kollision mehrerer berechtigter Interessen" <sup>15)</sup> und darin unterscheidet sich der Notstand von der Notwehr, bei der "die Güter des Angreifenden durch die Rechtswidrigkeit des Angriffs ihres Rechtsschutzanspruchs insoweit verlustig gehen, als die Verteidigung erforderlich ist," <sup>16)</sup> Charakteristisch für die Notstands - im Gegensatz zur Notwehrlage ist nun "die Notwendigkeit, in sozialem Interesse an sich schutzwürdige Güter zu opfern", so daß "die Notstandshandlung in der Regel nur unbeteiligte Güter in Mitleidenschaft zieht." <sup>17)</sup> Genau dasselbe meint das Reichsgericht, wenn es hervorhebt, daß im Falle des Notstands von einem Rechtsgut eine Gefahr drohe, ohne daß jedoch ein rechtswidriger Angriff i.S. der Notwehrbestimmungen

---

15) weil er die Grundlage für den Putativnotstand bildet  
Maurach, Deutsches Strafrecht, Allg. Teil,  
2. Aufl. (1958) S. 255

16) Maurach, a.a.O. S. 255

17) Maurach a.a.O. S. 255

vorliege.

Dann wird zu der Frage Stellung genommen, ob und wann eine durch Notstand gebotene Handlung rechtmäßig ist. Auf Seite 254 der angeführten Entscheidung heißt es: "In Lebenslagen, in welchen eine den äußeren Tatbestand einer Verbrechensform erfüllende Handlung das einzige Mittel ist, um ein Rechtsgut zu schützen oder eine vom Recht auferlegte oder anerkannte Pflicht zu erfüllen, ist die Frage, ob die Handlung rechtmäßig oder unverboden oder rechtswidrig ist, an der Hand des dem geltenden Recht zu entnehmenden Wertverhältnisses der im Widerstreit stehenden Rechtsgüter oder Pflichten zu entscheiden - Grundsatz der G ü t e r - u n d P f l i c h t e n a b - w ä g u n g . " Für den Fall des Widerstreits von Rechtsgütern, des sogenannten Gutsnotstands - so wird weiter ausgeführt - habe das Reichsgericht bereits anerkannt, daß dann, wenn ein Ausgleich nicht anders möglich sei, als durch Vernichtung oder Schädigung des einen der beiden Rechtsgüter, das geringer-wertige Gut dem höherwertigen weichen müsse, der Eingriff in das geringerwertige also nicht rechtswidrig sei.<sup>18) 19)</sup> Bei der Güterabwägung sei nun von den Wertungen auszugehen, die in den zum Schutz der Rechtsgüter erlassenen Strafdrohungen des geltenden Rechts ihren Ausdruck gefunden hätten. So sei im Falle der Schwangerschaftsunterbrechung "regelmäßig sowohl der Verlust des Lebens als auch eine schwere Gesundheitsschädigung des fertigen Menschen höher zu bewerten als der Verlust des Lebens der Leibesfrucht."<sup>20)</sup> Über die Frage der Rechtmäßigkeit einer Notstandshandlung entscheidet somit nach dem Reichsgericht - neben dem Erfordernis, daß die Notstandshandlung das einzige Mittel

---

18) vgl. RGSt 23, 116; 37, 150

19) Dies ist die sog. Differenzierungstheorie, die durch diese reichsgerichtliche Entscheidung für die Praxis befestigt wurde, vgl. E n g i s c h , Bietet die Entwicklung der dogmatischen Strafrechtswissenschaft seit 1930 Veranlassung, in der Reform des Allgemeinen Teils des Strafrechts neue Wege zu gehen? ZStW 66, 339 ff (347); M a u r a c h a.a.O. S. 254

20) RG a.a.O. S. 254

darstellen muß, um das gefährdete Rechtsgut zu schützen - das Wertverhältnis der kollidierenden Rechtsgüter: "Grundsätzlich ist die Handlung nur dann gerechtfertigt, wenn das zu rettende Gut in seiner Sozialwertung erheblich bedeutsamer ist als das zu opfernde: Prinzip des überwiegenden Interesses." <sup>21)</sup>

2. Seit RGSt 61,242 ff hat das Reichsgericht die oben entwickelten Rechtsgrundsätze zum übergesetzlichen Notstand <sup>22)</sup> in ständiger Rechtsprechung vertreten. <sup>23)</sup>

Der Bundesgerichtshof hat sich in mehreren Entscheidungen <sup>24)</sup> offen zu den reichsgerichtlichen Rechtsprechungsgrundsätzen bekannt.

In BGHSt 3,7 ff <sup>25)</sup> stellt er fest, daß die Frage der Rechtswidrigkeit nach den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen der Güter - und Pflichtenabwägung zu beurteilen sei, wie sie vom Reichsgericht zuerst in der Entscheidung RGSt 61,242 ausgesprochen worden seien.

Zweiter Abschnitt. Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs zum Putativnotstand nach § 54 StGB.

- I. Mit der differenzierenden Bewertung der Notstandshandlung als rechtmäßig oder rechtswidrig je nach dem Wertverhältnis der miteinander kollidierenden Rechtsgüter hat das Reichsgericht das Prinzip gewonnen, das es ermöglicht, den Notstand einmal als Rechtfertigungs - und einmal nur als Entschuldigungsgrund anzusehen.

Seit RGSt 61,242 ff hat das Reichsgericht scharf getrennt zwischen dem Rechtfertigungsgrund des sogenannten übergesetzlichen Notstands und dem Entschuldigungsgrund des sog. strafrechtlichen Notstands nach § 54 StGB und diese ein-

---

21) M a u r a c h a.a.o.S.256

22) zum "Güterabwägungsprinzip", wie sich M e z g e r ,

23) Strafrecht, Allg. Teil, 7.Aufl.(1957) S.126 ausdrückt  
vgl.z.B. die bereits angeführten Entscheidungen des  
Reichsgerichts in RGSt 62,137 ff; 77,115 ff

24) vgl. BGHSt 2,111 ff; 3,7 ff

25) JZ 53,46

deutige Trennung der die objektive Rechtswidrigkeit betreffenden Rechtfertigungsgründe und der die objektive Rechtswidrigkeit unberührt lassenden, lediglich die Schuld betreffenden Entschuldigungsgründe war zweifellos ein großer Fortschritt in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung. 26)

Diese differenzierende Betrachtungsweise des Reichsgerichts kommt in RGSt 61,252 klar zum Ausdruck, wo gesagt wird, daß die Vorschrift des § 54 StGB, die für einen bestimmten Kreis von Handlungen einen Entschuldigungsgrund schaffe, nicht ausschließe, daß auf Grund eines daneben bestehenden geschriebenen oder ungeschriebenen Rechtssatzes bei gewissen Notstandshandlungen, auch bei solchen, die unter § 54 StGB fielen, die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen sei.

II. Das Reichsgericht hat zum Irrtum über den entschuldigenden Notstand nach § 54 StGB andere Grundsätze aufgestellt als zum Irrtum über den rechtfertigenden - "übergesetzlichen" - Notstand.

Mit dem Problem des Putativnotstands nach § 54 StGB hatte sich das Reichsgericht in RGSt 57,269 auseinanderzusetzen. Es stellt dort wörtlich fest: "Das Reichsgericht hat in ständiger Rechtsprechung die rechtliche Möglichkeit bloß vermeintlichen Notstands anerkannt und die irrige Annahme von Tatumständen, bei deren Vorliegen die gesetzlichen Merkmale des § 54 StGB gegeben wären, als für die Schuldfrage erheblich angesehen (RGSt 63,334 (340); 41,214 (216); 43,342 (343/44))."

RGSt 66,227 hebt in Übereinstimmung mit RGSt 57,269 hervor, daß die irrige Annahme des Täters, die Voraussetzungen des § 54 StGB seien gegeben, entschuldigend wirken könne.

---

26) vgl. Eberhard Schmidt, Das Reichsgericht und der übergesetzliche Notstand, ZStW 49,350 ff (359)

Denn der dem § 54 StGB zu Grunde liegende Rechtsge-  
danke, daß dem Täter beim Vorhandensein der dort vor-  
gesehenen Voraussetzungen wegen des hierdurch bewirkten  
seelischen Druckes ein normgemäßes Verhalten nicht zu-  
gemutet werden könne, treffe, wenn die Notstandsvoraus-  
setzungen nur in der Vorstellung des Täters bestünden,  
ebenso zu, wie bei ihrem wirklichen Vorhandensein.  
Beruhe allerdings die irrige Annahme auf Fahrlässigkeit  
und gehöre die Notstandshandlung zu den auch für den  
Fall der Fahrlässigkeit mit Strafe bedrohten Handlungen,  
so könne der Notstandstäter wegen fahrlässiger Begehung  
bestraft werden.

In RGSt 64,31 wird noch einmal hervorgehoben, daß ein  
Handeln in Notstand nach § 54 StGB keinen Rechtferti-  
gungs- sondern nur einen Entschuldigungsgrund bildet.  
Dieser Entschuldigungsgrund komme nach §§ 52,54 StGB  
aber erst in Frage, wenn ohne ihn eine strafbare Hand-  
lung vorhanden sein würde. Folglich lasse die durch die  
Zwangslage entstandene Beschränkung der Willensfreiheit  
die Vorsätzlichkeit des Handelns unberührt. Weiter  
heißt es jedoch, daß es belanglos sei, ob der Angeklag-  
te seine tatsächliche Lage - als Zwangslage nach § 52  
StGB - zutreffend beurteilt habe, denn auch eine irrige  
Vorstellung hierüber bewirke, daß sein vorsätzliches  
Tun ihm nicht als solches zur Last zu legen sei und  
daß sein Irrtum, falls er nicht auf Fahrlässigkeit be-  
ruht habe, selbst eine Verurteilung wegen fahrlässiger  
Tatbegehung ausschließe.

Der Bundesgerichtshof hat die Rechtsprechungsgrundsätze  
des Reichsgerichts zum vermeintlichen Notstand und Nö-  
tigungsnotstand nach §§ 54,52 StGB übernommen. In BGHSt  
5,374 argumentiert er folgendermaßen: "Die ... Eides-  
verletzung könnte zwar als fahrlässiger Falscheid nach  
§ 163 StGB strafbar sein, wenn die Angeklagte die in  
Wahrheit nicht erfüllten Voraussetzungen des Nötigungs-  
notstandes aus Fahrlässigkeit für vorliegend gehalten  
hat (RGSt 66,222,227)."

Demnach stellt sich der Putativnotstand nach §§ 54, 52 StGB aus der Sicht des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs im Gegensatz zum "übergesetzlichen" Putativnotstand nicht als Irrtums- sondern als Schuld- (Zumutbarkeits-) Problem dar, denn die Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens "trifft, wenn die Notstandsvoraussetzungen nur in der Vorstellung des Täters bestehen, ebenso zu wie bei ihrem wirklichen Vorhandensein." 27)

---

27) RGSt 66, 227

## Zweites Kapitel

### Die theoretischen Grundlagen zum Problem des Putativnotstands.

#### Erster Abschnitt. Die Stellung der Wissenschaft zum "übergesetzlichen" Putativnotstand.

Geht man von dem von der höchstrichterlichen Rechtsprechung wiederholt <sup>1)</sup> entschiedenen Fall aus, daß ein Arzt auf Grund schuldhaft-falscher Diagnose zu Unrecht die Voraussetzungen einer medizinisch angezeigten ("indizierten") Schwangerschaftsunterbrechung annimmt und aus diesem Grund den in Wirklichkeit nicht gebotenen Eingriff vornimmt, so kann man theoretisch und praktisch zu zwei verschiedenen Lösungen gelangen: Man kann den Arzt wegen vorsätzlicher Abtreibung verurteilen oder ihn ganz freisprechen; eine fahrlässige Abtreibung ist - wenigstens nach geltendem Recht - nicht strafbar.

Im ersten Fall legt man ihm zur Last, daß er vorsätzlich, d.h. mit Wissen und Willen den Tatbestand der Fremdadtreibung verwirklicht hat. Die Rechtswidrigkeit ist gegeben, da objektiv gesehen dem Täter keine Rechtfertigungsgründe zur Seite stehen.

Im zweiten Fall verneint man das Vorliegen eines Tatbestandsvorsatzes. Da eine fahrlässige Abtreibung nicht strafbar ist, muß der Täter freigesprochen werden.

Beide Lösungen werden in der Wissenschaft vertreten.

Die Hauptstreitfrage ist die: Ist der Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes, zu welchen letzteren nach heute unbestrittener Auffassung der übergesetzliche Notstand gehört, Tatbestandsirrtum im Sinne von § 59 StGB oder Verbotsirrtum, d.h. Irrtum "über die Rechtswidrigkeit der Tat bei voller Kenntnis der Tatbestandsverwirklichung"? <sup>2)</sup>

---

<sup>1)</sup> vgl. z.B. BGHSt 3,7 ff

<sup>2)</sup> Arthur Kaufmann, Tatbestand, Rechtfertigungsgründe und Irrtum, JZ 56,353 ff (354)

I. Das Problem der Unterscheidbarkeit von Tatbestands- und Verbotsirrtum im allgemeinen.

Die Möglichkeit einer Unterscheidung von Tatbestands- und Verbotsirrtum auf dem Gebiete der Rechtfertigungsgründe setzt zunächst voraus, daß überhaupt ein generischer Unterschied zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum gemacht werden kann. Dies ist eine Frage, die nicht ganz unbestritten ist.

Die sogenannte *Schuldtheorie*, nach der das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit nicht zum Vorsatz, sondern zur Schuld gehört, "so daß sein Fehlen an der Vorsätzlichkeit der Tat nicht das mindeste ändert",<sup>3)</sup> bejaht die Möglichkeit einer solchen Unterscheidung, während sie nach der sogenannten *Vorsatztheorie*, wonach das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit zum Vorsatz gehört und darum der Irrtum über die Rechtswidrigkeit den Vorsatz ausschließt und die Tat zur fahrlässigen macht,<sup>4)</sup> ausgeschlossen und undurchführbar ist.

Vertreter dieser "reinen Vorsatztheorie"<sup>5)</sup> finden sich heute nur noch vereinzelt. Es sind dies namentlich *Lang-Hinrichsen*<sup>6)</sup> und *Schröder*.<sup>7)</sup> Die überwiegende Lehre steht demgegenüber auf dem Standpunkt, daß eine verschiedene Behandlung von Tatbestands- und Verbotsirrtum sehr wohl möglich ist.<sup>8)</sup>

---

3) *Welzel*, Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Handelns, SJZ 48, 368 ff (371); *Lang*, Zum Denunziantenproblem, SJZ 48, Sp. 302 ff (309 ff)

4) so *Welzel* a.a.O.S. 371

5) *Arthur Kaufmann*, Zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, JZ 54, 653 ff

6) Zur Frage des Unrechtsbewußtseins, ZStW 63, 332 ff

7) Die Irrtumsrechtsprechung des Bundesgerichtshofs, ZStW 65, 178 ff

8) vgl. etwa *Arthur Kaufmann*, JZ 54, 653 ff;

E n g i s c h <sup>9)</sup> begründet dies folgendermaßen:

"Bei jedem Irrtum über positive oder negative Tatumstände weichen die Auffassungen des Täters von dem, was prinzipiell verboten oder erlaubt ist, nicht ab von dem, was die Rechtsordnung bestimmt, während das anders wird, wenn der Täter eine in ihren Merkmalen allseitig klar erkannte Tat über den Gedankenkreis der Rechtsordnung hinausgehend von vornherein oder auf Grund der Annahme eines vermeintlich anerkannten, in Wahrheit nicht zugelassenen Unrechtsausschließungsgrundes für erlaubt erachtet."

E n g i s c h hat sich zuletzt in ZStW 70,566 ff <sup>10)</sup> für die Möglichkeit einer Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum ausgesprochen. Er führt aus, <sup>11)</sup> daß die Unterscheidung von Tatbestands- und Verbotsirrtum auf der Unterscheidung von Tatbestand und Verbot selbst beruhe.

Wichtig ist nach E n g i s c h eine scharfe Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum. So dürfe von Verbotsirrtum nur dann gesprochen werden, "wenn der Tatbestandsvorsatz als solcher in vollem Umfange vorhanden ist."<sup>12)</sup>

---

E n g i s c h , Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht (1930) S.254; Bietet die Entwicklung der dogmatischen Strafrechtswissenschaft seit 1930 Veranlassung, in der Reform des Allgemeinen Teils des Strafrechts neue Wege zu gehen? ZStW 66,339 ff; Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen, ZStW 70,566 ff; W e l z e l , Zur Abgrenzung des Tatbestandsirrtums vom Verbotsirrtum, MDR 52,584 ff; v. W e b e r , Negative Tatbestandsmerkmale, Mezger-Festschrift 1954, S.183 ff

9) Untersuchungen S.254

10) Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen

11) a.a.O.S.570

12) a.a.O.S.575

Soweit aber bei vorhandenem Tatbestandsvorsatz ein Verbotsirrtum vorwerfbar sei, beruhe diese Vorwerfbarkeit darauf, daß die festgestellte Kenntnis der Tatumstände dem Täter eine *A n r e g u n g* gegeben habe, Rechtmäßigkeit bzw. Unrechtmäßigkeit seines Verhaltens zu überprüfen oder Erkundigungen darüber anzustellen. Wo dagegen dem Täter der Tatbestandsvorsatz abgehe, fehle jene Anregung.<sup>13)</sup> Und darin sieht *E n g i s c h* den inneren Grund für die Sonderbehandlung des Verbotsirrtums zum Unterschied vom Tatbestandsirrtum: die Kenntnis der Tatumstände des gesetzlichen Tatbestandes gebe dem Täter eine Anregung, über die Rechtmäßigkeit seines Tuns nachzudenken.

Abschließend meint *E n g i s c h*, daß die Vorstellungen des in einem bloßen Tatbestandsirrtum befindlichen Täters "über Recht und Unrecht wenigstens grundsätzlich mit den Gedanken des Rechts selbst" übereinstimmen, "was man von dem in einem Verbotsirrtum Befangenen eben nicht sagen kann." <sup>14)</sup>

Auch *Arthur K a u f m a n n* <sup>15)</sup> ist der Auffassung, daß sich Tatbestand und Rechtswidrigkeit und damit Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum unterscheiden lassen; denn die Rechtswidrigkeit sei das Unwerturteil der Rechtsordnung über das tatbestandsmäßige Verhalten, sie sei die juristische Eigenschaft der Tat und in gleichem Maße, wie man auch sonst Urteil und Urteilsgegenstand, Eigenschaft und deren Träger unterscheiden könne, sei das auch hier möglich.

Es sei etwas grundlegend Verschiedenes, ob dem Täter trotz aller Tatbestandskenntnis das Bewußtsein, daß sein Verhalten verboten sei, fehle, oder ob er die Verbotskenntnis

---

<sup>13)</sup> a.a.O.S.576

<sup>14)</sup> a.a.O.S.577

<sup>15)</sup> JZ 54,653 ff

gerade wegen eines Tatbestandsirrtums gar nicht haben könne.<sup>16)</sup>

## II. Das Problem der Unterscheidbarkeit von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei den Rechtfertigungsgründen.

Während also - wie die bisherigen Ausführungen gezeigt haben - die Möglichkeit einer unterschiedlichen Behandlung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei den "Verbotstatbeständen"<sup>17)</sup> ganz überwiegend bejaht wird, ist es immer noch sehr umstritten, "ob die Differenzierung zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum in dem Sinne, daß nur jener den Vorsatz ausschließt, dieser aber nicht, auch bei den sog. Rechtfertigungsgründen durchgeführt werden soll."<sup>18)</sup>

Es handelt sich um eine Streitfrage innerhalb der Schuldtheorie. Mit der Vorsatztheorie dagegen hat das Problem nichts zu tun, da diese, wie bereits hervorgehoben, eine verschiedene Behandlung von Tatbestands- und Verbotsirrtum überhaupt ablehnt und Tatbestands- wie Rechtmäßigkeitsirrtum zur Rubrik des Tatbestandsirrtums schlägt.

In diesem Theorienstreit ist die sog. Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen<sup>19)</sup> wieder in den Brennpunkt des Interesses gerückt.

Diese Theorie, die von Adolf Merkel<sup>20)</sup> ausging

---

16) a.a.O.S.654

17) vgl. Engisch, ZStW 70, 584 ff

18) Arthur Kaufmann, JZ 54, 654

19) im folgenden abgekürzt mit L.v.d.n.T.

20) Lehrbuch des Strafrechts, 1889, S.82

und später vor allem von Frank,<sup>21)</sup> Löffler, Miricka und Baumgarten<sup>22)</sup> ausgestaltet und verteidigt wurde,<sup>23)</sup> besagt<sup>24)</sup> kurz folgendes: Die Rechtfertigungsgründe sind negative Tatbestandsmerkmale und ihr Vorliegen schließt den Tatbestand aus, so daß die irrige Annahme solcher Rechtfertigungsgründe den Tatbestandsvorsatz ausschließt.

Die wichtigste Konsequenz dieser Theorie liegt nach Arthur Kaufmann<sup>25)</sup> darin, daß "zwischen der irrigen Annahme unrechtsausschließender Tatumstände und der irrigen Annahme eines von der Rechtsordnung gar nicht anerkannten Rechtfertigungsgrundes ein sachlicher Unterschied besteht." Vertreter dieser Lehre von den negativen<sup>26)</sup> Tatbestandsmerkmalen sind heute insbesondere:<sup>27)</sup> Mezger,<sup>28)</sup> Engisch,<sup>29)</sup> v. Weber,<sup>30)</sup> Schaffstein,<sup>31)</sup>

---

21) Kommentar, 18.Aufl.S.139,187

22) Der Aufbau der Verbrechenslehre, 1913, S.221 ff

23) vgl. Arthur Kaufmann a.a.O.S.654/55

24) nach Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 6.Aufl. 1958, S.150

25) a.a.O.S.655

26) "einschränkenden", Engisch, Untersuchungen S.11; ZStW 66,379; ZStW 70, 587/88

27) Nachweise besonders bei Arthur Kaufmann a.a.O.S.655

28) Leipziger Kommentar, Bd.I, 7.Aufl. (1954), Einl.S.8 f und zu § 59 StGB; NJW 51,501; 53,6

29) Untersuchungen S.8 ff und 253 ff; Kausalität (1931) S.59; Festschrift für Mezger S.133; ZStW 66,378 ff; ZStW 70,566 ff; s.a. JZ 54,457

30) Grundriß (1946) S.85 ff; JZ 51,260 ff; Festschrift für Mezger S.183 ff

31) MDR 51,196 ff; NJW 51,691 ff

Lange,<sup>32)</sup> Schönke,<sup>33)</sup> H. Mayer,<sup>34)</sup> Nowakowski,<sup>35)</sup> Sauer,<sup>36)</sup> Wegner,<sup>37)</sup> Busch,<sup>38)</sup> Drost.<sup>39)</sup>

Dagegen vertritt Welzel die Auffassung, daß der irrlige Glaube, der Tat stehe ein Rechtfertigungsgrund zur Seite, niemals Tatbestands- sondern immer Verbotsirrtum sei und daher den Vorsatz unberührt lasse.<sup>40)</sup>

---

32) JZ 53,9 ff und in Kohlrausch-Lange 39./40.Aufl. (1950), S.145 ff

33) Kommentar, 6.Aufl. (1952) S.238 ff

34) Lehrbuch (1953) S.249 ff und 264; MDR 52,392

35) ZStW 65,392 ff

36) Allgemeine Strafrechtslehre (1949) S.146,150

37) Lehrbuch (1951) S.153

38) Festschrift für Mezger S.165 ff

39) NJW 49,740

40) vgl.z.B. Lehrbuch (1958) S.150; Das neue Bild des Strafrechtssystems S.53 ff; Aktuelle Strafrechtsprobleme (1953) S.13 ff; JZ 52,342 ff, 596 ff; MDR 52,584 ff; NJW 51,578; 52,564 ff; JZ 55,142 ff; ZStW 67,196 ff; ebenso: M.E. Mayer, Allg.Teil (1915) S.319 ff; Paul Merkel, Grundriß des Strafrechts I (1927) S.144 ff; JW 24,1679 ff; 25,894 ff; Eb. Schmidt, SJZ 50,837 ff; Niese, Finalität (1951) S.37; SJZ 50,31; DRiZ 52,23; 53,20 ff; Hartung, NJW 51,209 ff; 52,761 ff; JR 50,545 ff; Bockelmann, NJW 50,830 ff; Graf zu Dohna, Aufbau der Verbrechenslehre, 4.Aufl. (1951) S.44; Heitzer, NJW 53,210; Warda, JR 50,549; Maurach, Allg.Teil, 2.Aufl. (1958) S.361 ff (379); Kuhn, Strafrechtsklausur S.32; Rotberg, Komm.zum OWiGes. § 12 Anm. 7; Berg, Der gegenwärtige Stand der Schuldlehre im Strafrecht, Strafr.Abh.220; Weitz, Arten des Irrtums, Strafr.Abh.286 S.18; Armin Kaufmann, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie (1954); JZ 55,37; Fukuda, JZ 58,143 ff (Nachweise bei Arthur Kaufmann a.a.O. S.655 und Anhang zu den Leitsätzen von Welzel, enthalten in den Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 1958, Bd.II, 14.Arbeitssitzung S.13)

Im folgenden gilt es nun, diese beiden aufgezeigten Hauptrichtungen näher darzustellen.

1. Als entschiedener und konsequenter Verfechter der L.v.d.n.T. stellt sich Arthur Kaufmann vor. In JZ 54,653 ff und JZ 56,353 ff, 393 ff verteidigt er diese Theorie vor allem gegen Welzel und Armin Kaufmann.

Arthur Kaufmann setzt sich in JZ 54,653 ff zunächst mit den logischen Einwänden gegen die L.v.d.n.T. auseinander, die mit Welzel<sup>41)</sup> dahin gehen, daß der Ausschluß der Rechtswidrigkeit - da diese selbst kein positiver Tatumstand i.S. des § 59 StGB sei, die Rechtfertigungsgründe andererseits aber eine Negation der Rechtswidrigkeit bedeuteten - unmöglich ein negativer Tatumstand sein könne, der dem § 59 unterfalle (wie es die L.v.d.n.T. behaupte).

Arthur Kaufmann stellt demgegenüber ausdrücklich fest, daß der Mangel der Rechtswidrigkeit als solcher kein negativer Tatumstand ist, wie dies ursprünglich zu Unrecht von Vertretern d.L.v.d.n.T. behauptet wurde.<sup>42)</sup> Vielmehr könnten nur die Merkmale, mit denen der Ausschluß der Rechtswidrigkeit umschrieben werde, (negative) Tatbestandsmerkmale sein.

Er führt weiter aus, daß jener Syllogismus Welzels seine eigene Auffassung sogar stütze. Denn "wenn diejenigen Umstände, die den Gegenstand des Urteils 'rechtswidrig' bilden, positive Tatbestandsmerkmale sind, dann müssen umgekehrt die dem Urteil 'nicht rechtswidrig', 'gerechtfertigt' zugrunde liegenden Merkmale mit negativem Vorzeichen ebenfalls zum Tatbestand gehören."

---

41) JZ 52,597

42) vgl. Kohlrausch, Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht I (1903) S.59 ff: "Die Rechtswidrigkeit ist nicht ein positives Tatbestandsmerkmal, wohl aber ihr Mangel ein negatives."

Anders ausgedrückt: Wie einerseits die Rechtswidrigkeit kein positiver und daher die Verneinung der Rechtswidrigkeit auch kein negativer Tatumstand sei, so seien andererseits die deskriptiven und normativen Merkmale des Unrechtsausschlusses ebenso notwendig dem negativen Teil des Tatbestandes zugehörig wie die Merkmale der Unrechtsbegründung dem positiven.

Genauso verhalte es sich auch mit der zweiten Konklusion *W e l z e l s*: Es sei zwar richtig, daß dem Vorsatz, der sich nicht auf die Rechtswidrigkeit zu beziehen brauche, auch der Ausschluss der Rechtswidrigkeit gleichgültig sein müsse. Aber gleichermaßen zwingend sei dann die Folgerung, daß es bei Annahme unrechtsausschließender Tatumstände ebenso sicher am Vorsatz fehle, wie für sein Vorliegen die Kenntnis der unrechtsbegründenden Merkmale erforderlich sei. Man könne nicht die Rechtswidrigkeit als Urteil über den Tatbestand auffassen und von diesem selbst unterscheiden, wenn man das nicht genauso bei der Rechtfertigung tue. Auch diese sei, wie die Rechtswidrigkeit, nur Urteil, Eigenschaft, Relation, Prädikat; sie sei ganz einfach das entgegengesetzte Urteil. Der Gegenstand dieses Urteils könne aber kein anderer sein als derjenige der Rechtswidrigkeit; das Verhalten des Täters. Nun sei es jedoch nach dem Satz des Widerspruchs nicht möglich, beide Urteile (rechtswidrig und rechtmäßig) zugleich zu fällen. Vielmehr könne nur das Gesamtverhalten beurteilt werden; dieses sei entweder rechtswidrig oder rechtmäßig. So sei eine als Notwehr gebotene Tötung immer erlaubt.

Als zwingende Konsequenz der L.v.d.n.T. hält Arthur *K a u f m a n n* fest, daß die Rechtfertigungsgründe neben der Verneinung der Rechtswidrigkeit auch zur Verneinung der Tatbestandsmäßigkeit führten. Die Rechtswidrigkeit sei zwar eine logisch notwendige Verbrechenseigenschaft, aber für die Feststellung, ob ein Verbrechen vorliege, habe sie neben der Tatbestandsmäßigkeit keine

Bedeutung. Das tatbestandsmäßige Verhalten sei "eo ipso tatbestandsmäßiges Unrecht".<sup>43)</sup> Arthur Kaufmann begründet die L.v.d.n.T. auch dogmatisch. Zu diesem Zweck unterwirft er den Begriff des Tatbestandes einer Analyse. Er kommt in JZ 54,656; 56,353 ff zu dem Ergebnis, daß es keinen einheitlichen Tatbestandsbegriff gebe; was Tatbestand sei und welchen Umfang er habe, hänge vielmehr von seiner jeweiligen Funktion ab. In diesem Zusammenhang geht es ihm allein um den an der Rechtswidrigkeit orientierten Tatbestandsbegriff. Er unterscheidet als wichtigste Tatbestandsbegriffe den "Deliktstypus" und die "Verbotsmaterie."<sup>44)</sup>

a) Der Deliktstypus, der sich etwa mit dem gleichnamigen Begriff im Sinne B e l i n g s,<sup>45)</sup> dem Garantietatbestand im Sinne L a n g - H i n r i c h s e n s<sup>46)</sup> und E n g i s c h ' s,<sup>47)</sup> dem engeren Tatbestand im Sinne S a u e r s<sup>48)</sup> decke, sei der Inbegriff aller, aber auch nur derjenigen Merkmale, die den Strafwürdigkeitsgehalt der jeweiligen Deliktsart bestimmten. Die Voraussetzungen der Rechtfertigungsgründe gehörten demnach nicht zum Deliktstypus, dessen Funktionen im wesentlichen rechtsstaatliche, prozessuale und formale seien.<sup>49)</sup> Die zwei wichtigsten seiner Bedeutungen lägen in dem Satz "nulla poena sine lege" - das sei die rechtsstaatliche "Garantiefunktion" des Deliktstypus - und im Prozessrecht: der Deliktstypus gebe Aufschluß darüber, welches Verhalten erst einmal strafrechtlich relevant sei.

---

43) so E n g i s c h , Untersuchungen S.12

44) JZ 56,354

45) Lehre vom Verbrechen (1906), S.3, 21

46) JR 52, 307 und 356; JZ 53,362 ff

47) Mezger-Festschrift S.130

48) Mezger-Festschrift S.117 ff

49) a.a.O.S.354

b) Dieser Deliktstypus könne aber nicht der von der L.v.d.n.T. gesuchte Tatbestandsbegriff sein, da er nicht an der Rechtswidrigkeit orientiert sei. Denn er gebe nur den typischen Strafwürdigkeitsgehalt eines Delikts an, sage aber nicht abschließend, was notwendig rechtswidriges Unrecht sei. Dazu müsse man auch die Umstände berücksichtigen, bei deren Vorliegen trotz Deliktstypizität die Rechtswidrigkeit entfalle: die Rechtfertigungsgründe.

Wo aber, fragt Arthur Kaufmann, haben die Voraussetzungen der Rechtfertigungsgründe ihren systematischen Platz?

Seiner Auffassung nach können sie weder zum Deliktstypus noch zur Rechtswidrigkeit gehören; denn diese sei das Unwerturteil über die Tat, sie sei deren Eigenschaft, bedeute den Widerspruch der Tat zur Rechtsordnung und könne daher keine Merkmale in sich aufnehmen, von denen das Wertprädikat "rechtswidrig" ja erst abhängt.<sup>50)</sup>

Man könne also die Merkmale der Rechtfertigungsgründe nicht zur Rechtswidrigkeit schlagen, ohne diese zu ihrem eigenen Bezugsmoment zu machen: die Rechtswidrigkeit höre auf, Wertprädikat des Verhaltens zu sein, wenn man irgendwelche sachlich-normativen Merkmale, die die Grundlage dieses Wertprädikats bildeten, zu ihr selbst zähle.<sup>51)</sup>

Daher heißt es wörtlich: "Der von uns gesuchte, an der Rechtswidrigkeit ausgerichtete Tatbestandsbegriff kann nur solcher Art sein, daß er alle Merkmale in sich vereinigt, die zusammen einem menschlichen Verhalten notwendig das Wertprädikat 'rechtswidrig' zukommen lassen. Nur ein so völlig materialer Tatbestandsbegriff, der sämtliche Elemente des Strafwürdigkeitsgehaltes eines Verbrechens umfaßt ... , kann Korrelat zu der ganz

---

<sup>50)</sup> a.a.O.S.355

<sup>51)</sup> a.a.O.S.355, Anm.32

und gar formalen, inhaltsleeren Kategorie der Rechtswidrigkeit bilden."<sup>52)</sup> Allein dieser Tatbestandsbegriff verdiene den von W e l z e l <sup>53)</sup> geprägten Ausdruck "Verbotsmaterie", was im wesentlichen dasselbe sei, was bei M e z g e r <sup>54)</sup> und E n g i s c h <sup>55)</sup> als "Unrechtstatbestand", bei L a n g - H i n r i c h s e n als "Gesamtstatbestand" bezeichnet werde.<sup>56) 57)</sup>

Da die Verbotsmaterie von materialer Natur gerade auch in dem Sinn sei, daß sie der Sachgrund (ratio essendi) für das Wertprädikat "rechtswidrig" sei, sei mit der Verwirklichung einer Verbotsmaterie stets auch die Rechtswidrigkeit gegeben. Oder anders ausgedrückt: Wie es keine Rechtswidrigkeit ohne Tatbestandsmäßigkeit gebe, gebe es umgekehrt keine Tatbestandsmäßigkeit ohne Rechtswidrigkeit. Diese sei das Unwerturteil über den gesamten Tatbestand, über das Vorhandensein der positiven wie über das Fehlen der negativen Merkmale. Damit sei der Beweis erbracht, daß die negativen Tatumstände zum gesetzlichen Tatbestand im Sinne des § 59 StGB gehörten.<sup>58)</sup>

Die Folgerungen aus der L.v.d.n.T. ergeben sich für Arthur K a u f m a n n von selbst: Da die Merkmale der Unrechtsausschließungsgründe Umstände seien, die zum gesetzlichen Tatbestand gehörten, sei die irrige Annahme, solche Umstände seien gegeben, Tatbestandsirrtum, der den Vorsatz beseitige,<sup>59)</sup> wobei <sup>60)</sup> ergänzend

---

52) a.a.O.S.356

53) vgl. Lehrbuch (1958) S.46 ff

54) NJW 53,2 ff

55) Mezger-Festschrift S.132

56) a.a.O.S.356, Anm.39

57) vgl. auch v. W e b e r, Mezger-Festschrift S.189:  
"Der Unrechtstatbestand umfaßt alle Merkmale, die die Rechtswidrigkeit der Handlung ausmachen."

58) JZ 54,657

59) a.a.O.S.657

60) a.a.O.S.657, Anm.37

klargestellt wird, daß nur die positive Annahme derartiger Umstände den Vorsatz ausschließe und es für den Vorsatz genüge, daß sich der Täter solche rechtfertigende Umstände nicht als gegeben vorstelle.

Arthur Kaufmann geht in JZ 54,658 auch auf den speziellen Rechtfertigungsgrund des übergesetzlichen Notstands ein und bringt das Beispiel des Putativnotstands im Falle der Schwangerschaftsunterbrechung. Er ist der Auffassung, daß der Arzt, der fälschlich eine Lebensgefahr der Mutter bei Fortbestehen der Schwangerschaft annimmt und daher die Frucht beseitigt, nicht weiß, was wirklich vorliegt und was er in Wahrheit tut. Der Täter kenne nicht die Umstände, die das Verbot seiner Handlung zur Folge hätten, er sei sich des sozialen Bedeutungsgehalts seiner Tat nicht bewußt. Was er sich vorstelle zu tun, stehe im Einklang mit der Rechtsordnung. Und nur weil er nicht wisse, was er tue, halte er sein Tun für erlaubt. Damit bekennt sich Arthur Kaufmann entschieden zu der Ansicht, daß der Irrtum über die Voraussetzungen des rechtfertigenden Notstands Tatbestandsirrtum sei. Wörtlich heißt es:<sup>61)</sup> "Auch der Arzt, der auf Grund ganz oberflächlicher Prüfung die Voraussetzungen der Schwangerschaftsunterbrechung annimmt, hat nicht den Vorsatz des § 218; sein Wille ist nicht auf Abtreibung, sondern auf Rettung der Mutter gerichtet." Auf welchen Grad von Leichtfertigkeit aber der Irrtum über die Rechtfertigungsvoraussetzungen zurückzuführen sei, sei wie bei jedem Tatbestandsirrtum nur ein Problem innerhalb der Fahrlässigkeit.

Abschließend stellt Arthur Kaufmann fest, daß eine Straffreiheit für den Arzt, der leichtfertig die Voraussetzungen des übergesetzlichen Notstands annehme, niemand befriedigen würde. Das ändere jedoch nichts daran, daß in allen diesen Fällen eine vorsätzliche Ab-

---

61) a.a.O.S.658

treibung nicht gegeben sei.

Wenn das Reichsgericht und der Bundesgerichtshof einen Ausweg gesucht, d.h.den über die Voraussetzungen des Notstands schuldhaft (fahrlässig) irrenden Arzt wegen vorsätzlicher Abtreibung bestraft hätten, so hätten sie nichts anderes getan, als eine Lücke des Gesetzes in sehr bedenklicher Weise geschlossen. Denn sicherlich hätten beide Gerichte in den fraglichen Fällen nicht wegen vorsätzlicher Abtreibung, sondern wegen "leichtfertigen Eingriffs an einer Schwangeren" verurteilt, wenn es bei uns wie im österreichischen StGB (§ 357a) einen solchen Tatbestand gebe. Nicht die L.v.d.n.T., sondern unser StGB sei hier mangelhaft.

2. Neuerdings ist wieder E n g i s c h <sup>62)</sup> für die Behandlung des Irrtums über die Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes als Tatbestandsirrtum <sup>n</sup>egetreten. Er unterscheidet im Bereich der Rechtfertigungsgründe genauso wie bei den Verbotstatbeständen zwischen Tatbestand und rechtlicher Wertung und dementsprechend zwischen Tatbestands- und Bewertungs- (Verbots- ) Irrtum. Wörtlich heißt es <sup>63)</sup>: "Wenn es möglich ist, bei den Verbotstatbeständen zwischen Tatbestand und Verbot zu unterscheiden und auch die entsprechenden Irrtümer in einer Weise auseinanderzuhalten, daß keine Verwechslung mit Tatsachenirrtümern und Rechtsirrtümern stattfindet, so muß es möglich sein, auch bei den Rechtfertigungsgründen zwischen dem Tatbestand und der rechtlichen Wertung zu unterscheiden und wiederum Tatbestandsirrtum und Wertungsirrtum auf eine Weise auseinanderzuhalten, daß nicht wieder die überwundene Unterscheidung von bloßen Tatsachenirrtümern und Rechtsirrtümern auflebt <sup>64)</sup>. So ist der Irrtum, daß man rechtswidrig angegriffen sei, ein Irrtum über ein normatives Merkmal des Notwehrtatbestandes und kein Bewertungsirrtum über die Rechtmäßigkeit der Notwehr als solcher."

---

62) Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen, ZStW 70,566 ff

63) a.a.O.S.584

64) vgl. schon ZStW 66,380

E n g i s c h sieht den inneren Grund für eine Unterscheidung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei den Rechtfertigungsgründen in folgendem: Bei der irrigen Annahme eines rechtfertigenden Sachverhalts sei die durch den Tatbestandsvorsatz nahe-gebrachte Anregung, das wirkliche Gegebensein des Rechtfertigungsgrundes zu prüfen, durch die irrige Annahme, daß der Rechtfertigungsgrund tatsächlich vorliege, paralysiert. Der Irrtum beispielsweise des operierenden Arztes, der Patient habe die Einwilligung zur Operation erteilt, schlage den Körperverletzungsvorsatz völlig aus dem Felde, auch wenn dem Arzt der Vorwurf nicht erspart werden könne, sich über das Vorhandensein der Einwilligung nicht genügend Klarheit verschafft zu haben.

"Der Arzt sieht sich auf Grund seines Irrtums in einer normalen alltäglichen Situation, jedenfalls in einer ganz anderen Situation als ein Arzt, der nicht auf eine Einwilligung baut, sondern 'ähnlich einem Überzeugungs-täter' den widerstrebenden Patienten kraft eines fälschlich angenommenen 'Berufsrechts' zur Duldung der Operation nötigt <sup>65)</sup>."

Diese Konsequenzen - nämlich Vorsatzausschluss bei irriger Annahme von (tatsächlichen oder normativen) Rechtfertigungsvoraussetzungen - will E n g i s c h auch beim vermeintlichen rechtfertigenden Notstand angewendet wissen. Er ist der Auffassung, daß auch bei der irrigen Annahme der Voraussetzungen des rechtfertigenden Notstands die Bestrafung wegen vorsätzlicher Tatbegehung ausgeschlossen sei <sup>66)</sup>. Übrig bleibt somit nach ihm lediglich die Möglichkeit der Bestrafung wegen Fahrlässigkeit. Innerhalb dieses Fahrlässigkeitsbereichs fordert er jedoch - de lege ferenda - eine der Eigenart der Notstandssituation gerecht werdende Sonderregelung der "Notstands-

---

<sup>65)</sup> a.a.O.S.590/91

<sup>66)</sup> a.a.O.S.609

fahrlässigkeit", wobei er klarstellt, daß "Notstandsfahrlässigkeit" ein Fall der Tatbestandsfahrlässigkeit und kein Fall schulhaften Verbotsirrtums sei <sup>67)</sup> <sup>68)</sup>. De lege ferenda schlägt E n g i s c h <sup>69)</sup> folgende Bestimmung über die "Notstandsfahrlässigkeit" vor:

"Hat der Täter irrig einen Sachverhalt angenommen, der die Tat wegen Notstands rechtfertigen würde, so ist er nur dann straffrei, wenn er die Sachlage sorgfältig geprüft und die widerstreitenden Interessen gewissenhaft abgewogen hat oder wenn ihm eine solche Prüfung und Abwägung nach den Umständen nicht zuzumuten war. Hat der Täter die Pflicht zu einer solchen Prüfung und Abwägung verletzt, so findet § 19 <sup>70)</sup> mit der Maßgabe Anwendung, daß der Täter wegen Notstandsfahrlässigkeit auch dann bestraft werden kann, wenn das Gesetz fahrlässiges Handeln nicht ausdrücklich mit Strafe bedroht. Die für die vorsätzliche Begehung angedrohte Strafe ist dann nach den Grundsätzen des § 65 <sup>71)</sup> zu mildern. Jedoch darf auf Zuchthaus nicht erkannt werden. An Stelle der für die vorsätzliche Begehung angedrohten lebenslänglichen oder zeitigen Zuchthausstrafe tritt Gefängnis nicht unter sechs Monaten."

---

<sup>67)</sup> a.a.O.S.609

<sup>68)</sup> Der Grund für eine Sonderregelung liegt nach E n g i s c h vor allem darin, daß gerade in der Notstandssituation sorgfältig gehandelt werden müsse (a.a.O.S.612)

<sup>69)</sup> a.a.O.S.610

<sup>70)</sup> des Entwurfs 1958; § 19 lautet: "Wer bei Begehung der Tat irrig einen Sachverhalt annimmt, der die Tat rechtfertigen ... würde, wird nicht wegen vorsätzlicher Begehung bestraft. Die Strafbarkeit wegen fahrlässiger Begehung bleibt unberührt."

<sup>71)</sup> des Entwurfs 1958

3. Die Ausführungen Arthur Kaufmanns in JZ 54, 653 ff haben eine heftige Kritik von den Gegnern der L.v.d.n.T., vor allem von Welzel und Armin Kaufmann erfahren.

Welzel<sup>72)</sup> wirft Arthur Kaufmann vor, seine Ausführungen hingen letzten Endes in der Luft, weil er es unterlassen habe, seine Prämissen nachzuweisen, nämlich das "den ganzen Aufsatz tragende Axiom", daß es keine Rechtswidrigkeit ohne Tatbestandsmäßigkeit und ebenso auch keine Tatbestandsmäßigkeit ohne Rechtswidrigkeit gebe<sup>73)</sup>. Welzel lehnt die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen als fehlerhaft ab. Er ist demgegenüber der Auffassung, daß der irrige Glaube, der Tat stehe ein Rechtfertigungsgrund zur Seite, niemals Tatbestands- sondern immer Verbotsirrtum sei und daher den Vorsatz unberührt lasse<sup>74)</sup>.

In seinem Lehrbuch<sup>75)</sup> heißt es wörtlich: "Einen Fall des Verbotsirrtums bildet die irrige Annahme eines Rechtfertigungsgrundes. Mag der Täter über die objektiven Voraussetzungen oder über die rechtlichen Grenzen eines Rechtfertigungsgrundes irren oder irrtümlich einen vom Recht nicht anerkannten Rechtfertigungsgrund annehmen, in allen diesen Fällen irrt er über die Rechtswidrigkeit seiner vorsätzlichen Tatbestandsverwirklichung. Wer einen anderen körperlich verletzt, weil er sich von ihm angegriffen wähnt (Putativnotwehr) oder weil er glaubt, ihn zum Zwecke der vorläufigen Festnahme körperlich verletzen zu dürfen (Irrtum über die Grenzen des Festnahmerechts), oder weil er meint, einen Beleidiger körperlich züchtigen zu dürfen (irrige Annahme eines rechtlich nicht aner-

---

72) Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislatorisches Problem, ZStW 67, 196 ff (210)

73) vgl. JZ 54, 657

74) z.B. Das Deutsche Strafrecht (1958) S.149; Das neue Bild des Strafrechtssystems, 2.Aufl. (1952) S. 53

75) 6.Aufl.(1958) S.149

kannten Rechtfertigungsgrundes), begeht in allen diesen Fällen eine vorsätzliche Körperverletzung in der Meinung, zu ihr berechtigt zu sein. Er handelt nicht in Tatbestandsunkennntnis, sondern lediglich im Verbotsirrtum."

W e l z e l macht somit innerhalb der Rechtfertigungsgründe keinen Unterschied zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum, sondern schlägt auf diesem Gebiet jeden Irrtum, mag er nun tatsächlicher (sog. Sachverhaltsirrtum) oder rechtlicher Art (sog. Bewertungsirrtum) sein, zur Rubrik des Verbotsirrtums. Er ist also ein Vertreter der "strengen Schuldtheorie" <sup>76)</sup>."

In ZStW 67,196 ff (208 ff) setzt sich W e l z e l kritisch mit der L.v.d.n.T. auseinander.

An die Spitze stellt er die Frage, wie der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund zu behandeln sei <sup>77)</sup>. Dieses Problem hängt nach seiner Ansicht aufs engste damit zusammen, "ob die Rechtfertigungsgründe das sind, was ihr Name besagt: Gründe, die eine tatbestandsmäßige Handlung rechtfertigen, oder ob sie negative Tatumstände sind, welche die Tatbestandsmäßigkeit eines Verhaltens beseitigen."

W e l z e l beschäftigt sich zunächst mit den negativ gefaßten Tatumständen der gesetzlichen Tatbestände des Besonderen Teils des StGB, die auch nach seiner Auffassung echte Tatumstände sind, "die zur positiven Kennzeichnung der tatbestandsmäßigen Handlung gehören und darum vom Tätervorsatz umfaßt sein müssen."

Von diesen negativ gefaßten Tatumständen unterscheidet er scharf die Rechtfertigungsgründe, bei denen es sich ganz anders verhalte. So brauche der Vorsatz des Täters, der einen Mord begehe, nicht das Bewußtsein zu umfassen, daß keine Notwehr, kein rechtfertigender Notstand, keine Einwilligung des Verletzten, kein sonstiger denkbarer Rechtfertigungsgrund vorliege. Das sei eine psychologische <sup>in</sup> Möglichkeit. Es genüge vielmehr, wenn der Täter

---

<sup>76)</sup> wie sich M a u r a c h , Deutsches Strafrecht, Allg. Teil, 2.Aufl. (1958) S.369 ausdrückt

<sup>77)</sup> a.a.O.S.208

die Tatumstände der §§ 211/12 kenne. Die Rechtfertigungsgründe seien eben keine "negativen" Tatumstände und darum brauche ihr Fehlen nicht vom Vorsatz umfaßt zu werden. W e l z e l schreibt weiter: "Nach der L.v.d.n.T. soll das Eingreifen eines Rechtfertigungsgrundes den Tatbestand des betreffenden Deliktes ausschließen. Der Hinzutritt der Notwehr soll also den Tatbestand des Totschlags ebenso ausschließen wie die fehlende Menschenqualität des Tatobjekts. Folglich müßte die Tötung eines Menschen in Notwehr rechtlich genau dasselbe sein wie die Tötung einer Mücke: beides tatbestandslose Vorgänge: der eine, weil der 'positive' Tatumstand Mensch fehlt; der andere, weil der 'negative' Tatumstand Notwehr hinzugetreten ist <sup>78)</sup>." Der Fehler der L.v.d.n.T. liegt nach der Ansicht W e l z e l s im folgenden: Sie verkenne eine besondere Wertungsstufe des Rechts, nämlich die Sphäre des Erlaubten gegenüber der des rechtlich Irrelevanten. Die Tötung einer Mücke sei, weil tatbestandslos, rechtlich irrelevant. Die Tötung eines Menschen in Notwehr sei eine rechtlich relevante, darum tatbestandsmäßige Handlung, aber erlaubt. Nach W e l z e l gibt es rechtlich relevantes - tatbestandsmäßiges Verhalten - , das verboten (rechtswidrig), rechtlich relevantes - tatbestandsmäßiges - Verhalten, das erlaubt (rechtmäßig) ist und die "unübersehbare Fülle des rechtlich irrelevanten, tatbestandslosen Geschehens." Die Rechtfertigungsgründe seien nun Erlaubnissätze, deren Vorliegen die Verwirklichung rechtlich relevanten, tatbestandsmäßigen Verhaltens gestatte. Sie seien nicht negative Tatumstände, deren Hinzutritt die Tatbestandsmäßigkeit, z.B. der Tötung eines Menschen, ausschließe und das Verhalten zu einem rechtlich gleichgültigen Geschehen mache, sondern sie seien Gründe, die die rechtliche Relevanz unangetastet ließen und nur das Verbotensein oder die Rechts-

---

78) a.a.O.S.210

widrigkeit der Tatbestandsverwirklichung ausschließen 79).  
W e l z e l führt weiter aus 80), daß, wenn die Rechtfertigungsgründe als negative Tatumstände gedeutet würden, die Dreigliederung des Deliktsaufbaues in Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld aufgegeben und die Rechtswidrigkeit mit der Tatbestandsmäßigkeit identifiziert würde. Nicht mehr wäre die Tatbestandsmäßigkeit die Voraussetzung der Rechtswidrigkeit, sondern die Rechtswidrigkeit die Voraussetzung der Tatbestandsmäßigkeit. Denn da nach der L.v. d.n.T. nur rechtswidriges Verhalten tatbestandsmäßig sei, müsse, ehe man die Tatbestandsmäßigkeit bejahen könne, die Rechtswidrigkeit dieses Verhaltens festgestellt sein.  
W e l z e l kommt 81) zu dem Ergebnis, daß die Trennung der Rechtfertigungsgründe von den Tatbestandsmerkmalen der gesetzlichen Tatbestände unumgänglich sei. Denn bei den Tatumständen der gesetzlichen Tatbestände, einschließlich der negativ gefaßten, müsse sich der Vorsatz auf alle Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes erstrecken. Dagegen sei das gleiche Erfordernis bezüglich der sog. "negativen Tatumstände", d.h. bezüglich des Nichtvorliegens von Rechtfertigungsgründen, völlig unmöglich 82).

---

79) In Anm. 30 auf S. 211 a.a.O. heißt es: "Die Tatbestandsmäßigkeit bedeutet die strafrechtliche Relevanz eines Verhaltens. Tatbestandsmäßiges Verhalten ist notwendig entweder rechtswidrig oder rechtmäßig, aber niemals rechtlich irrelevant. Der Tatbestand ist nicht wertfrei, da er aus der Fülle des strafrechtlich irrelevanten Verhaltens dasjenige ausgrenzt, was strafrechtlich erheblicher Bewertung als rechtswidrig oder rechtmäßig unterliegt. Darum ist er notwendig wertdifferent, aber er besagt als solcher noch nichts darüber, ob seine Verwirklichung im konkreten Falle negativ oder positiv werthaft (rechtswidrig oder rechtmäßig) ist. Die Entscheidung über das letztere hängt davon ab, ob ein Rechtfertigungsgrund (ein Erlaubnissatz) die Verwirklichung des tatbestandsmäßigen Verhaltens gestattet oder nicht."

80) a.a.O. S. 212, Anm. 32

81) a.a.O. S. 212

82) Denn es sei zu beachten, daß der Vorsatz das aktuelle

W e l z e l schließt das Kapitel ab, indem er schreibt: "Selbst wenn man also die Rechtfertigungsgründe als negative Tatumstände ansehen wollte, müßte man sie von den Tatumständen der Deliktstatbestände, auch den negativ gefaßten, als eine eigene Gruppe sachlich unterscheiden, weil für sie das Vorsatzerfordernis des § 59 nicht gelten kann <sup>83)</sup>."

In JZ 55,142 ff <sup>84)</sup> setzt sich W e l z e l mit dem Problem des "übergesetzlichen" Putativnotstands auseinander und nimmt Stellung zur höchstrichterlichen Rechtsprechung auf diesem Gebiet.

a) W e l z e l ist der Auffassung, daß das Reichsgericht mit der Einführung der Prüfungspflicht beim Putativnotstand <sup>85)</sup> im Hinblick auf den Irrtum über die Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes die Schuldtheorie vorweggenommen habe <sup>86)</sup>. Zumindest aber wende die Praxis seit

---

Bewußtsein aller Tatumstände eines gesetzlichen Tatbestandes erfordere. "Wäre die Abwesenheit von Notwehr ... ein negativer Tatumstand des Totschlags ..., so müßte der Vorsatz des Totschlägers das aktuelle Bewußtsein vom Nichtvorliegen aller denkbaren Rechtfertigungsgründe umfassen. Dagegen würde es den Begriff des Vorsatzes als aktuelles Bewußtsein vom Vorliegen aller Tatumstände völlig verfehlen, wollte man an die Stelle des aktuellen Bewußtseins vom Fehlen der Rechtfertigungsgründe das Fehlen des Bewußtseins von der Abwesenheit der Rechtfertigungsgründe setzen", a.a.O.S.212, Anm.32a

<sup>83)</sup> a.a.O.S.213; ebenso: MDR 1952, S.585, Anm.5; Niederschrift über die 14.Sitzung der Großen Strafrechtskommission, S.11 ff

<sup>84)</sup> Der übergesetzliche Notstand und die Irrtumsproblematik

<sup>85)</sup> zuerst in RGSt 62,137 ff

<sup>86)</sup> vgl. auch W e l z e l, Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund, NJW 52,564 ff: "Der Sache nach hat das Reichsgericht damals bereits die Schuldtheorie praktiziert, und zwar auch oder vielmehr gerade im Hinblick auf den Irrtum über die Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes ..."

RGSt 62,137 zwei völlig verschiedenartige Rechtsgrundsätze für die Behandlung der irrigen Annahme von Rechtfertigungsgründen an: Nach dem einen schließe die irriige Annahme eines Rechtfertigungsgrundes den Vorsatz aus und lasse eine Bestrafung nur wegen fahrlässigen Delikts zu (so vor allem bei der Putativnotwehr); nach dem anderen werde die Tat entschuldigt, wenn die irriige Annahme des Rechtfertigungsgrundes nicht vorwerfbar sei, sie werde nicht entschuldigt, sondern bleibe als vorsätzliche Tat strafbar, wenn der Irrtum vorwerfbar sei (so beim Putativnotstand). Dieser Widerspruch in den Irrtumsgrundsätzen, der sachlich durch nichts gerechtfertigt sei, müsse notwendig zu schweren Komplikationen führen<sup>87)</sup>. Als einzig richtige Lösung schlägt W e l z e l folgendes vor: Man müsse den Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund als das behandeln, was er sei, nämlich als Irrtum über die Rechtswidrigkeit der Tat, und diesen Irrtum nach den Grundsätzen des verantwortungsethischen Schuldbegriffes regeln: Wer sich anschicke, wissentlich und willentlich eine tatbestandsmäßige Handlung zu verwirklichen im Glauben, die Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes lägen vor, die ihm die Tatbestandsverwirklichung gestatten würden, der sei zur verantwortlichen Prüfung aufgerufen, festzustellen, ob diese Voraussetzungen wirklich vorlägen<sup>88) 89)</sup>.

b) W e l z e l befaßt sich in JZ 55,142 ff auch mit der rechtlichen Konstruktion der Prüfungspflicht beim Putativnotstand.

Er stellt fest, daß das zuerst in RGSt 62,137 aufgestellte Erfordernis der "pflichtmäßigen Prüfung der Sachlage" mit

---

87) a.a.O.S.143

88) a.a.O.S.144; vgl. auch W e l z e l s Karlsruher Vortrag "Aktuelle Strafrechtsprobleme im Rahmen der finalen Handlungslehre" S.15 ff

89) W e l z e l macht aber selbst eine Einschränkung insofern, als er vorschreibt (a.a.O.S.144, Anm.21), daß der in schuldhaftem Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund handelnde Täter niemals schlechthin wegen einer vorsätzlichen Tat, sondern nur mit einem den Irrtum konkret kennzeichnenden Zusatz verurteilt werden dürfe, wie z.B.: "Der Täter wird wegen vorsätzlicher Tötung ... bestraft, weil

der objektiven Widerrechtlichkeit nichts zu tun habe, mithin kein subjektives Rechtfertigungselement sei, wie es das Reichsgericht, wenigstens dem Wortlaut nach, konstruiert habe. Denn dem Wortlaut nach habe das Reichsgericht vom Täter ausser dem Bewußtsein der Notstandsvoraussetzungen und dem Rettungswillen weiterhin verlangt, daß er sich die Kenntnis der Notstandsvoraussetzungen auf Grund pflichtmäßiger Prüfung der Sachlage verschafft habe.

W e l z e l betont demgegenüber, daß eine solche Konstruktion eine Überspannung des subjektiven Rechtfertigungselementes darstelle; "denn wollte man mit diesem Erfordernis Ernst machen, so müßte man jedem Arzt, der das Vorliegen der objektiven Notstandsvoraussetzungen zutreffend angenommen und die Frucht zum Zwecke der Rettung der Mutter abgetrieben hatte, die Rechtfertigung versagen und ihn wegen vorsätzlicher Abtreibung bestrafen, wenn seine Untersuchung, in der er die Notstandsvoraussetzungen ermittelt hatte, nicht sorgfältig (nicht 'pflichtmäßig') gewesen war <sup>90)</sup>."

Diese verfehlte Überspannung der Rechtfertigungsvoraussetzungen habe ihre Ursache im Fehlen der Trennung der beiden Fallgruppen des Vorliegens und des Nichtvorliegens der objektiven Notstandsvoraussetzungen: Das Reichsgericht habe nicht klar unterschieden zwischen den Fällen, in denen die Voraussetzungen des übergesetzlichen Notstands objektiv vorgelegen hätten und denjenigen, bei denen sie nicht vorgelegen hätten; und dies sei auch der entscheidende Mangel in der Entscheidung des Reichsgerichts in RGSt 62,137 ff gewesen <sup>91)</sup>.

Nur für die erste Gruppe tauche nämlich die Frage einer Rechtfertigung der Tat auf. Für die zweite Gruppe scheide eine Rechtfertigung von vornherein aus; für sie komme nur eine Entschuldigung wegen Putativnotstands in Frage <sup>92)</sup>.

---

er sich irrig in Notwehr glaubte", oder: "weil er irrig annahm, die Voraussetzungen einer Schwangerschaftsunterbrechung lägen vor."

<sup>90)</sup> a.a.O.S.143

<sup>91)</sup> a.a.O.S.142

<sup>92)</sup> a.a.O.S.142

In diesem Bereich aber - wenn es sich also um Fälle handle, in denen die Notstandsvoraussetzungen objektiv nicht vorlägen, der Täter sie nur subjektiv annehme - zeige sich erst die wahre Natur des Merkmals der "pflichtmäßigen Prüfung." W e l z e l schreibt wörtlich: "In diesen Fällen hatte das Erfordernis der 'pflichtmäßigen Prüfung der Sachlage' die Bedeutung eines neuen Rechtsgrundsatzes für die Irrtumsregelung: Nimmt der Täter die Voraussetzungen des rechtfertigenden Notstands irrig an, so wird er nur dann entschuldigt, wenn er dem Irrtum trotz pflichtmäßiger Prüfung der Sachlage erlegen war; hat er dagegen nicht pflichtmäßig geprüft, so wird ihm § 59 StGB nicht zugebilligt, sondern er bleibt wegen vorsätzlicher Tatbegehung strafbar <sup>93)</sup>."

Zweiter Abschnitt. Die Stellung der Wissenschaft zum Putativnotstand nach § 54 StGB.

Im ersten Kapitel wurde die Doppelnatur des Notstands als Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund je nach dem Wertverhältnis der miteinander kollidierenden Rechtsgüter aufgezeigt.

Das Problem des Irrtums über den entschuldigenden Notstand nach § 54 StGB stellt sich somit als Problem des Irrtums über einen Schuldauusschließungs- (Entschuldigungs-) Grund dar <sup>94)</sup>.

W e l z e l führt zum Problem des Putativnotstands nach § 54 StGB <sup>95)</sup> aus: "Wenn der Täter die Voraussetzungen des entschuldigenden Notstands irrigerweise annimmt, befindet er sich in derselben seelischen Konfliktslage wie dann, wenn seine Annahme zutrifft. Da die Gründe, die im Notstand die Zumutbarkeit rechtmäßiger Willensbestimmung ausschließen, gerade in der seelischen Situation des Täters

---

<sup>93)</sup> a.a.O.S.143

<sup>94)</sup> Literaturhinweise finden sich bei W e l z e l, Das Deutsche Strafrecht, 6.Aufl. (1958) S.161

<sup>95)</sup> a.a.O.S.161

begründet liegen, ist die Vorwerfbarkeit hier wie dort ausgeschlossen - es sei denn, daß der Irrtum des Täters selbst vorwerfbar ist; doch mildert sich dann die Vorwerfbarkeit der rechtswidrigen Tat in dem Maße, als die irrige Annahme der Notstandslage entschuldbar war, und die Strafe ist entsprechend §§ 51 Abs. 2, 44 (StGB) zu ermäßigen." Bezugnehmend auf die höchstichterliche Rechtsprechung zu diesem Fragenkreis kritisiert er vor allem die Entscheidung des Bundesgerichtshofs in BGHSt 5,374<sup>96)</sup>. Hier sei die Umdeutung einer vorsätzlichen in eine fahrlässige Tat "besonders ungereimt" und eine Folge der "äusserlichen Übertragung der ohnehin fehlerhaften Lehre von den negativen Tatumständen<sup>97)</sup>."

Diese Auffassung vertritt im wesentlichen auch M a u - r a c h<sup>98)</sup>, der betont, daß es sich beim Putativnotstand nach § 54 und Putativnötigungsstand nach § 52 StGB zwar streng genommen nicht um einen Verbotsirrtum handle<sup>99)</sup>, daß aber gleichwohl die von der herrschenden Meinung bejahte Erstreckung der Regeln des Verbotsirrtums auch auf derartige Fälle richtig sei, "da ein Irrtum über den Bestand der Norm einem solchen über ihre determinierende Kraft inhaltlich gleich-steht."

Nach Arthur K a u f m a n n<sup>100)</sup> ist es - da es bei den

---

96) wo der einen Meineid leistende Täter in der irrigen Annahme, die Voraussetzungen des Nötigungsnotstandes seien gegeben, wegen fahrlässigen Falscheids strafbar sein soll

97) a.a.O.S.161

98) Deutsches Strafrecht, Allg.Teil (1958) S.382/83

99) denn auch der irrende Täter wisse, daß sein Tun von der Norm nicht erlaubt sei

100) JZ 56,353; ebenso: E n g i s c h, ZStW 70,589, Anm.50; L i s z t - S c h m i d t, 26.Aufl. (1932) § 42 VI; N o w a k o w s k i, ZStW 65,386; L a n g e, Niederschrift über die 14.Sitzung der Großen Strafrechtskommission S.86 ff; Eb. S c h m i d t, Niederschrift über die 19.Sitzung der Großen Strafrechtskommission S.5/6,34

Entschuldigungsgründen auf die psychische Zwangssituation ankomme - ohne Bedeutung, ob die Notlage objektiv vorhanden ist oder bloß eingebildet wird. Für ihn stellt sich der Irrtum über Entschuldigungsgründe als Zumutbarkeits- und nicht als Irrtumsproblem dar, so daß seiner Ansicht nach hier auch die Verbotsirrtumsregeln nicht passen.

### Drittes Kapitel

#### Die Sonderbehandlung des Irrtums beim Not- stand nach § 40 des Entwurfs 1958

Zum ersten Mal in der Geschichte des deutschen Strafrechts findet sich in einem Entwurf zu einem Strafgesetzbuch eine Bestimmung über den Irrtum beim Notstand (Putativnotstand). Sie ist in § 40 des "Entwurfs des Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuchs" von 1958 enthalten.

§ 40 des Entwurfs 1958 lautet:

"I. Hat der Täter irrig angenommen, die Tat sei wegen Notstandes gerechtfertigt oder entschuldigt, so ist er nur dann straffrei, wenn er die Sachlage sorgfältig geprüft und die widerstreitenden Interessen gewissenhaft abgewogen hat oder wenn ihm eine solche Prüfung und Abwägung nach den Umständen nicht zuzumuten war. Hat der Täter die Pflicht zu einer solchen Prüfung und Abwägung verletzt, so kann die Strafe nach § 65 Abs.1 gemildert werden.

II. § 19 ist nicht anzuwenden."

#### Erster Abschnitt. Der Begriff des Notstandsirr- tums nach dem Entwurf

Der Entwurf versteht unter Notstandsirrtum "die irrige Annahme der tatbestandlichen Voraussetzungen des Notstands, also den - positiven - Irrtum hierüber <sup>1)</sup>."

Was bedeutet nun "irrige Annahme der tatbestandlichen Voraussetzungen des Notstands"?

In § 40 des Entwurfs 1958 handelt es sich um einen sog.

---

<sup>1)</sup> Umdruck J 9, Vorschläge und Bemerkungen der Sachbearbeiter des Bundesjustizministeriums zum Thema Notwehr, Notstand und Nötigungsstand, Anlage IV zur Niederschrift über die 18.Sitzung der Großen Strafrechtskommission, Bd.II, 1958 (im folgenden zitiert als "N.Schr.") S.14

Sachverhaltsirrtum<sup>2)</sup>. Das ergibt sich zweifelsfrei aus der amtlichen Begründung zu § 40<sup>3)</sup>, wo es auf S. 47 heißt: "Wie schon in der Begründung zu § 19 erwähnt, hält der Entwurf es nicht für gerecht, die in dieser Vorschrift gegebene Regel für den Irrtum über Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe auch auf den Irrtum über einen Notstand anzuwenden, der, je nach der Art des vom Täter vorgestellten Sachverhalts, ein Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund wäre<sup>4)</sup>."

---

2) Den Gegensatz dazu bildet der sog. Bewertungsirrtum, vgl. die amtliche Begründung zu § 40 d.E., enthalten im "Entwurf des Allgemeinen Teils eines StGB", veröffentlicht 1958 vom Bundesjustizministerium (abgek. BJM) im Verlag des Bundesanzeigers, S. 47/48: "Nicht anzuwenden ist § 40, wenn der Handelnde irrig annimmt, daß wirklich gegebene oder von ihm vorgestellte Umstände als Notstand anzusehen seien, obwohl, selbst wenn sie gegeben wären, die Voraussetzungen des § 39 Abs.1 fehlten. Ein solcher Irrtum kann, wenn der Täter deshalb glaubt, kein Unrecht zu tun, nur im Rahmen des § 20 berücksichtigt werden." (§ 20 lautet: "Wer bei Begehung der Tat irrig annimmt, kein Unrecht zu tun, ist ohne Schuld, wenn der Irrtum ihm nicht vorzuwerfen ist. Ist ihm der Irrtum vorzuwerfen, so kann die Strafe nach § 65 Abs.1 gemildert werden.")

3) enthalten im "Entwurf des Allgemeinen Teils eines StGB", vgl. Anm.2

4) In dem vom Bundesjustizministerium (Umdruck J 9, Anlage 4 zur Niederschrift über die 18. Sitzung) vorgeschlagenen § d, der dem § 40 des Entwurfs inhaltlich genau entspricht, ist sogar ausdrücklich von "Sachverhalt" die Rede! (§ d lautet wörtlich: "Hat der Täter bei Begehung der Tat irrig einen Sachverhalt angenommen, der die Tat wegen Notstandes rechtfertigen oder entschuldigen würde, so gilt § ... (Gemeint ist § c der Ziffer 5 des Umdrucks U 12 über Vorsatz und Irrtum: 'Wer bei Begehung der Tat irrig einen Sachverhalt annimmt, der die Tat rechtfertigen oder entschuldigen würde, wird nicht wegen vorsätzlicher Begehung bestraft. Die Strafbarkeit wegen fahrlässiger Begehung bleibt unberührt.') Satz 1 nur dann, wenn der Täter die Sachlage sorgfältig geprüft und die widerstreitenden Interessen gewissenhaft abgewogen hat oder ihm eine solche Prüfung und Abwägung nach den Umständen nicht zuzumuten war. Hat der Täter die Pflicht zu einer solchen Prüfung und Abwägung verletzt, so kann die Strafe nach § ... gemildert werden.")

Unter "Sachverhalt" in Beziehung auf Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe versteht der Entwurf "die Umstände, die einen Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund bilden. Ebenso wie bei den Umständen des Tatbestands der strafbaren Handlung kann es sich dabei um Umstände aller Art aus dem Bereich der Sinne, der Seele oder des Gedankens, also auch um Begriffe des Rechts handeln <sup>5)</sup>."

Dieser Sachverhaltsirrtum in § 40 kann nun nach dem Entwurf - entsprechend der Doppelnatur des Notstands - als Irrtum über einen Rechtfertigungs- oder über einen Schuld-ausschließungsgrund erscheinen <sup>6)</sup>.

1. Der Differenzierung zwischen Notstand als Unrechts- und Schuld-ausschließungsgrund trägt § 39 d.E. Rechnung, indem er in Abs.2 bestimmt <sup>7)</sup>:

"Wer eine Tat im Notstand begeht, handelt nicht rechtswidrig, wenn das Rechtsgut, das er schützt, von wesentlich höherem Wert als das durch die Tat verletzte Rechtsgut ist. Andernfalls handelt er zwar rechtswidrig, aber nicht schuldhaft, wenn ihm nicht zugemutet werden kann, die Gefahr für das bedrohte Rechtsgut hinzunehmen."

Die Abgrenzung erfolgt mit Hilfe der D i f f e r e n z i e -  
r u n g s t h e o r i e <sup>8)</sup>: Die Notstandshandlung ist nämlich nach § 39 Abs.2 Satz 1 dann gerechtfertigt, "wenn das geschützte Rechtsgut von wesentlich höherem Wert ist als das verletzte." Damit sind nach dem Entwurf die Fälle des bisherigen übergesetzlichen Notstands erfaßt. Stehen dagegen

---

<sup>5)</sup> Begründung zu § 19, S.25 a.a.O.

<sup>6)</sup> Umdruck J 9 a.a.O.

<sup>7)</sup> Abs.1 enthält eine Begriffsbestimmung des Notstands. Er lautet: "Im Notstand handelt, wer eine Tat begeht, um eine gegenwärtige, nicht anders abwendbare Gefahr für Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Eigentum oder ein anderes Rechtsgut von sich oder einem anderen in einer den Umständen nach angemessenen Weise abzuwenden."

<sup>8)</sup> vgl. Umdruck J 9, S.9 a.a.O.: "Alle diese Notstandsfälle haben verschiedene Voraussetzungen und werden teils als Schuld-ausschließungs- teils als Rechtfertigungsgrund bewertet (Differenzierungstheorie)."

Güter einander gegenüber, die wertgleich, im Wert nicht wesentlich verschieden oder unvergleichbar sind, so ist die Notstandshandlung nicht gerechtfertigt. Sie ist dann unter den Voraussetzungen des § 39 Abs.2 Satz 2 entschuldigt <sup>9)</sup>.

2. Entsprechend der Doppelnatur des Notstands regelt § 40 des Entwurfs den Irrtum über den Notstand einmal als Irrtum über einen Rechtfertigungs- und einmal als Irrtum über einen Entschuldigungsgrund. Das wird aus der Fassung des § 40: "Hat der Täter irrig angenommen, die Tat sei wegen Notstandes gerechtfertigt oder entschuldigt ..." klar ersichtlich. Im ersten Fall wird auf § 39 Abs.2 Satz 1, im zweiten Fall auf § 39 Abs.2 Satz 2 Bezug genommen.

### Zweiter Abschnitt. Die Behandlung des Notstands- irrtums in § 40 des Entwurfs

#### I. Die Behandlung putativer Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe im allgemeinen (§ 19 des Entwurfs)

Im allgemeinen wird ein Irrtum über einen Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund in § 19 d.E. geregelt <sup>10)</sup>. § 19 lautet:

"Wer bei Begehung der Tat irrig einen Sachverhalt annimmt, der die Tat rechtfertigen oder entschuldigen würde, wird nicht wegen vorsätzlicher Begehung bestraft. Die Strafbarkeit wegen fahrlässiger Begehung bleibt unberührt."

1. Der Irrtum nach § 19 ist ein Sachverhaltsirrtum, wie der Wortlaut des § 19 ohne weiteres erkennen läßt <sup>11)</sup>.

2. In § 19 spielt es - im Gegensatz zum Verbotsirrtum <sup>12)</sup> -

---

<sup>9)</sup> Begründung zu § 39, S.47 a.a.O.

<sup>10)</sup> vgl. Umdruck J 9, S.14 a.a.O.

<sup>11)</sup> Den Gegensatz dazu bildet der sog. Bewertungsirrtum, vgl. Begr. zu § 19, S.25 a.a.O.: "§ 19 ist hingegen nicht anzuwenden, wenn der Täter irrig glaubt, daß Umstände, die gegeben sind oder die er sich vorstellt, einen Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund bilden, während das nach der Rechtsordnung in Wirklichkeit nicht der Fall ist..."

<sup>12)</sup> der in § 20 d.E. geregelt ist, vgl. Anm.2

keine Rolle, ob der Irrtum vorwerfbar ist oder nicht <sup>13)</sup>.

### 3. Theoretische Begründung der Regelung des § 19.

Der Entwurf stellt in der Begründung zu § 19 <sup>14)</sup> fest, daß die Regelung des § 19 nicht auf theoretischen Erwägungen beruhe und daß es Rechtsprechung und Rechtslehre überlassen bleibe, wie sie systematisch einzuordnen sei. Er läßt es offen, ob dabei die Lehre von den sog. negativen Tatbestandsmerkmalen zugrunde zu legen oder ob in dem Irrtum über einen rechtfertigenden oder entschuldigenden Sachverhalt ein Irrtum eigener Art nicht über den Tatbestand einer strafbaren Handlung, sondern über den Tatbestand eines Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrundes zu sehen sei, der zwar nicht die vorsätzliche Verwirklichung des Tatbestands der strafbaren Handlung, wohl aber die Bestrafung wegen Vorsatzes ausschließe.

Dabei ist jedoch nicht zu verkennen, daß der Entwurf einer Übernahme der L.v.d.n.T. in das Gesetz ablehnend gegenübersteht. So spricht sich D r e h e r als Vertreter der Strafrechtsabteilung des BJM gegen eine Übernahme dieser Theorie in das Gesetz aus <sup>15)</sup>. Denn da nach der L.v.d.n.T. der Vorsatz ausgeschlossen sei, wenn der Täter die Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes irrig annehme, könne der Helfer eines in Putativnotwehr Handelnden - unter der Voraussetzung, daß Teilnahme an unvorsätzlicher Tat nicht möglich sei - , wenn er selbst den wahren Sachverhalt kenne, nicht wegen Beihilfe bestraft werden <sup>16)</sup>. Auch müsse man, wenn man die L.v.d.n.T. übernehmen wollte, für den Vorsatz aktuelles Wissen vom Fehlen aller denkbaren Rechtfertigungsmerkmale verlangen. Es sei dann weiter eine Sonderregelung für den Irrtum mindestens über Schuldaußschließungsgründe erforderlich, da die Merkmale eines Entschuldigungsgrundes nicht als negative Tatbestandsmerkmale angesehen werden könnten <sup>17)</sup>.

---

13) vgl. Umdruck J 9, S. 14 a.a.O.

14) a.a.O. S. 25

15) vgl. "Stellungnahme der Strafrechtsabteilung des Bundesjustizministeriums zu dem Referat von Prof. Dr. W e l z e l am 1.2.1955 von Ministerialrat Dr. D r e h e r", N. Schr., 14. Sitzung, S. 58

16) a.a.O. S. 59

17) vgl. Umdruck J 6, Vorschläge und Bemerkungen der Sachbe-

Das BJM ist demgegenüber der Auffassung, daß die Merkmale eines Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrundes keine Umstände des gesetzlichen Tatbestands seien, mithin der Irrtum über Merkmale eines Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrundes nicht als Tatbestandsirrtum anzusehen sei <sup>18)</sup>. Damit sei aber noch keineswegs gesagt, daß es sich beim Irrtum über Merkmale eines Rechtfertigungsgrundes um einen Verbotsirrtum handle. Denn es gebe noch andere Irrtümer, z.B. den über Merkmale eines Schuldausschließungsgrundes, die weder Tatbestands- noch Verbotsirrtümer seien. D r e h e r kommt <sup>19)</sup> zu dem Ergebnis, daß der Irrtum über die Merkmale eines Rechtfertigungsgrundes, seien es nun solche tatsächlicher oder normativer Art, auch kein Verbotsirrtum sei <sup>20)</sup>. Bei dem Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund müsse man vielmehr zwischen einem Erlaubnistatbestandsirrtum und einem Erlaubnisirrtum unterscheiden ganz parallel zu der Unterscheidung von Tatbestands- und Verbotsirrtum, wobei Erlaubnis- und Verbotsirrtum in der Sache identisch seien.

D r e h e r fordert jedoch, daß der Irrtum über Merkmale eines Rechtfertigungsgrundes - und aus kriminalpolitischen Erwägungen auch der Irrtum über Merkmale eines Schuldausschließungsgrundes - im Ergebnis dem Tatbestandsirrtum gleichgestellt werden, er also nicht den Vorsatz, wohl aber die Strafbarkeit des Täters wegen vorsätzlicher Tat ausschließen solle <sup>21)</sup>.

## II. Die Sonderbehandlung des Notstandsirrtums in § 40 d.E.

Sowohl im Falle des Irrtums über den rechtfertigenden als auch

---

arbeiter des Bundesjustizministeriums zur Frage Vorsatz und Irrtum, Anl.6 zur N.Schr. über die 14.Sitzung S.8 ff

18) a.a.O.S.59

19) N.Schr., 14.Sitzung S.60

20) Eine Begründung für diese Auffassung findet sich in Um-  
druck J 6 a.a.O.S.8 ff; vgl. insbesondere: "Der Irrtum  
über ein Merkmal eines Rechtfertigungsgrundes ist kein  
Verbotsirrtum, weil er ein Irrtum über das Objekt der Wer-  
tung, nicht über die Wertung des Objektes ist."

21) a.a.O.S.64/65

über den entschuldigenden Notstand <sup>22)</sup> soll der Täter nach § 40 d.E. nur dann straffrei sein, "wenn er die Sachlage sorgfältig geprüft und die widerstreitenden Interessen gewissenhaft abgewogen hat oder wenn ihm eine solche Prüfung und Abwägung nach den Umständen nicht zuzumuten war." Damit steht die Bestimmung des § 40 in scharfem Gegensatz zu der allgemeinen Vorschrift des § 19 über putative Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe. Diese Sonderbehandlung rechtfertigt der Entwurf <sup>23)</sup> folgendermaßen: Im Bereich des Notstands könne die Regelung des § 19 nicht befriedigen. "Der Notstand ist im Gegensatz zu anderen Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründen dadurch gekennzeichnet, daß der Handelnde, ohne selbst rechtswidrig angegriffen zu sein, zum Schutze eines bedrohten Rechtsgutes ein anderes verletzt. Das ist eine Lage, in der grundsätzlich ohne nähere Prüfung des Sachverhalts nicht gehandelt werden darf. Daher kann die irri- ge Annahme einer solchen Lage den Täter nur dann entschuldigen, wenn er die Umstände sorgsam geprüft und die Rechtsgüter, um deren Gefährdung und Verletzung es ging, gewissenhaft gegeneinander abgewogen hat." Diese Prüfung könne dem Täter nur dann erlassen werden, wenn sie ihm nach Lage der Sache nicht zuzumuten sei. So könne einem Arzt der Vorwurf vorsätzlicher Abtreibung nicht erspart werden, der ohne jede Prüfung die Voraussetzungen einer aus Gesundheitsgründen erforderlichen Schwangerschaftsunterbrechung in einem leichtfertigen Irrtum annehme und die Leibesfrucht abtöte. § 40 sehe daher eine diesen Gesichtspunkten entsprechende Sonderregelung für den Irrtum im Falle des Notstands vor.

Das BJM führt zum Problem des Putativnotstands aus <sup>24)</sup>, daß - ließe man die Regelung des § 19 auch für den Notstand gelten -

---

22) zu welchem der Entwurf auch den Nötigungsnotstand nach § 52 StGB zählt, da nach der Begründung die Vorschrift des § 52 StGB in der allgemeinen Notstandsregelung aufgehen kann (Begründung zu § 39, S.46 a.a.O.)

23) Begründung zu § 40, S.47 a.a.O.

24) Umdruck J 9, Anl.4 zur N.Schr. über die 18.Sitzung S.14

jede leichtfertige Annahme der tatbestandlichen Voraussetzungen des Notstands zum Vorsatzausschluß führte. Eine solche Ausdehnung der Straffreiheit erscheine zwar im Fall der Putativnotwehr noch tragbar, weil der Notwehrtäter sich einem gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von bestimmter Schwere gegenüber zu befinden glaube, wenn er dabei auch über ein Merkmal der Angriffssituation irre. Im Unterschied hierzu beziehe sich beim Putativnotstand der Irrtum auf die Güterkollisionssituation. Hier müsse man zusätzlich verlangen, daß der Irrtum des Notstandstäters nicht vorwerfbar sei. Die Vorwerfbarkeit fehle nur dann, wenn der Täter trotz sorgfältiger Prüfung der Sachlage und gewissenhafter Abwägung der widerstreitenden Interessen zu der irrigen Annahme, die tatbestandlichen Notstandsvoraussetzungen seien gegeben, gekommen sei, oder wenn die Umstände im Einzelfall so gelagert seien, daß eine solche Prüfung und Abwägung dem Täter nicht zuzumuten sei. Nur der trotz Erfüllung dieser Prüfungs- und Abwägungspflicht zustandegewordene Notstandsirrtum ließe sich dem sonstigen Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsirrtum <sup>25)</sup> gleichsetzen.

Das bedeutet also: Der Entwurf behandelt den Irrtum über die "tatbestandlichen" Voraussetzungen des Notstands im Gegensatz zu den übrigen Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen nach den Regeln des § 20 über den Verbotsirrtum: Schuldlosigkeit bei unvermeidbarem, Schuld bei vermeidbarem Irrtum <sup>26)</sup> mit der Möglichkeit der Strafmilderung entsprechend der Schuld des Täters (§ 40 Abs.1 Satz 2 d.E.).

### III. Rechtliche Konstruktion der Prüfungspflicht beim Irrtum über den rechtfertigenden Notstand nach dem Entwurf

Das BJM stellt fest <sup>27)</sup>, daß mit der Sonderregelung des

---

<sup>25)</sup> im Sinne des § 19 d.E.

<sup>26)</sup> d.h. wenn der Täter die Prüfungs- und Abwägungspflicht verletzt hat

<sup>27)</sup> Umdruck J 9, Anl.4 zur N.Schr. über die 16.Sitzung S.14 ff

Putativnotstands im Sinne des § 40 d.E. die Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs zum übergesetzlichen Notstand im praktischen Ergebnis gesetzlich verankert und auf den Bereich des gesamten Notstands erweitert, wenngleich die rechtliche Konstruktion geändert werde. Die Rechtsprechung habe nämlich für den übergesetzlichen Notstand als subjektives Rechtfertigungselement einen auf sorgfältiger Prüfung der Sachlage und gewissenhafter Abwägung der widerstreitenden Interessen beruhenden Rettungswillen gefordert, also die Erfüllung der Prüfungs- und Abwägungspflicht zu einer Rechtfertigungsvoraussetzung erhoben. Demgegenüber habe W e l z e l in der JZ 55,142 ff mit Recht darauf hingewiesen, daß hierin eine verfehlte Überspannung der Rechtfertigungsvoraussetzungen liege, die ihre Ursache im Fehlen der Trennung der beiden Fallgruppen des Vorliegens und des Nichtvorliegens der objektiven Notstandsvoraussetzungen habe, und daß die Prüfungs- und Abwägungspflicht erst beim Fehlen der Rechtfertigungsvoraussetzungen bedeutsam werde, nämlich wenn der Notstandstäter über die tatbestandlichen Voraussetzungen des Notstands irre.

Der Entwurf konstruiert somit die Prüfungspflicht beim Irrtum über den rechtfertigenden Notstand in § 40 nicht wie das Reichsgericht und der Bundesgerichtshof als subjektives Unrechtsausschließungselement, sondern hebt sie aus dem objektiven Notstandsbegriff heraus und verlagert sie in den Bereich der - subjektiven - Entschuldigung wegen vermeintlichen Notstands. Somit hat also, "soweit eine Notlage vorhanden ist und rechtfertigend oder entschuldigend wirken kann, ein Abstellen auf die Prüfungspflicht keinen Sinn mehr." Diese kann vielmehr "erst von Erheblichkeit sein bei der Frage, ob den Täter bei der Verkennung der Notlagesituation ein Verschulden trifft oder nicht 28)."

---

28) so Bundesrichter Dr. B a l d u s , N.Schr., 19.Sitzung S.35

## Viertes Kapitel

### Kritische Stellungnahme zu § 40 des Entwurfs 1958

Es bedeutet sicherlich einen begrüßenswerten Fortschritt, daß sich § 40 d.E., der im wesentlichen das Produkt der Auseinandersetzungen zwischen der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs zum Putativnotstand einerseits und der Wissenschaft andererseits ist <sup>1)</sup>, mit dem Problem des Notstandsirrtums (Putativnotstands) auseinandersetzt. In den vorhergehenden Kapiteln wurde anhand der Rechtsprechung, der Rechtslehre und schließlich des Entwurfs die rechtliche Natur des Notstands als Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrundes je nach dem Wertverhältnis der miteinander kollidierenden Rechtsgüter dargestellt.

Diese heute unbestrittene Differenzierung innerhalb des Notstandsbegriffes, wie sie in der Praxis seit der berühmten Entscheidung des Reichsgerichts in RGSt 61,242 ff herrschend geworden ist <sup>2)</sup>, vermag allein dem komplizierten Notstandsproblem gerecht zu werden. Sie verdient vorbehaltlose Zustimmung und kann ohne weiteres akzeptiert werden.

Damit erweist sich die Unterscheidung in § 39 d.E. als richtig. Begrüßenswert ist es auch, daß in § 39 d.E. der Versuch unternommen wurde, den bisherigen sog. übergesetzlichen Notstand in einer positiv-rechtlichen Vorschrift zu verankern; denn mit einer solchen Positivierung können zahlreiche Probleme und Unsicherheiten aus der Welt geschafft werden.

Da nun der Irrtum über Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe im allgemeinen in § 19 d.E. geregelt ist, andererseits aber § 40 dem Notstandsirrtum als dem Spezialfall eines putativen Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrundes eine von § 19 abweichende Sonderbehandlung zuteil werden läßt, erhebt sich sofort die Frage, ob der Notstand gegenüber anderen

---

<sup>1)</sup> vgl. die Ausführungen im ersten und zweiten Kapitel dieser Arbeit

<sup>2)</sup> vgl. E n g i s c h , ZStW 66,347; M a u r a c h , Deutsches Strafrecht, Allg.Teil, 1958, S.254/55

Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen sachliche Unterschiede aufweist, die eine Sonderregelung des Notstandsirrtums nach den im dritten Kapitel aufgezeigten Grundsätzen rechtfertigen.

Die Beantwortung der letzteren Frage hängt ihrerseits wieder davon ab, ob die allgemeine Irrtumsvorschrift des § 19 richtig ist; ein Eingehen auf diese Bestimmung ist daher unumgänglich. Erst wenn die Richtigkeit oder Unrichtigkeit der Regel des § 19 feststeht, kann die Prüfung erfolgen, ob die Ausnahme des § 40 eine abweichende Sonderbehandlung erheischende Problematik enthält.

Erster Abschnitt. Kritische Stellungnahme zu der allgemeinen Irrtumsvorschrift des § 19 d.E. über Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe

I. Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe (§ 19 d.E.)

A) Dogmatische Untersuchungen

Im dritten Kapitel wurde herausgestellt, daß der Entwurf den Irrtum über Merkmale eines Rechtfertigungsgrundes weder als Tatbestands- noch als Verbotsirrtum behandelt, ihn aber im Ergebnis dem Tatbestandsirrtum gleichstellt, wobei er es offen läßt, ob die sog. L.v.d.n.T. zugrunde zu legen oder ob in dem Irrtum nach § 19 ein Irrtum eigener Art über den Tatbestand des Erlaubnissatzes zu erblicken sei.

Wenn die Strafrechtsabteilung des BJM die Auffassung vertritt <sup>3)</sup>, daß der Irrtum über Merkmale von Rechtfertigungsgründen zwar nicht den Vorsatz, wohl aber die Strafbarkeit des Täters wegen vorsätzlicher Tat ausschließe, so handelt es sich um eine klare Fiktion <sup>4)</sup>, die sich gerade auf dem Gebiete des Strafrechts verhängnisvoll auswirken kann.

Man vermißt somit eine eindeutige Stellungnahme des Entwurfs zu der wichtigen Frage, ob der Irrtum über die "tatbestandlichen Voraussetzungen", über die "Merkmale" eines Rechtfertigungs-

---

<sup>3)</sup> vgl. N. Schr., 14. Sitzung, S. 64/65

<sup>4)</sup> denn der Irrtum nach § 19 wird nicht "als" Tatbestandsirrtum, sondern nur "wie" ein solcher behandelt, vgl. Arthur Kaufmann, JZ 56, 353

tigungsgrundes Tatbestands- oder Verbotsirrtum ist, d.h.

"Irrtum über die Rechtswidrigkeit der Tat bei voller Kenntnis der Tatbestandsverwirklichung <sup>5)6)</sup>." Behandelt man ihn nur wie einen Tatbestandsirrtum, so hat man die Zweiteilung von Tatbestands- und Verbotsirrtum aufgegeben und eine dritte Irrtumsart <sup>7)</sup> eingeführt, die weder dem Tatbestands- noch dem Verbotsirrtum entspricht. Diese Bedenken melden gleichermaßen Arthur Kaufmann <sup>8)</sup> und Welzel <sup>9)</sup> an. Arthur Kaufmann <sup>10)</sup> führt dazu aus: "Jedoch ist man einer echten Entscheidung aus dem Weg gegangen. Den eigentlichen Streitpunkt, ob der Irrtum über rechtfertigende Umstände einen Tatbestandsirrtum, einen Verbotsirrtum oder etwa eine dritte Art von Irrtum darstellt, hat man völlig offen gelassen, denn die vorgeschlagene Regelung behandelt diesen Irrtum nicht als Tatbestandsirrtum, sondern nur wie einen solchen. Welzel <sup>11)</sup> betont, daß er sich einen Zwischenirrtum neben dem Tatbestands- und Verbotsirrtum nicht vorstellen könne, "es müßte denn ein neuer dogmatischer Begriff erfunden werden, der weder dem Tatbestands- oder Verbotsirrtum noch dem Irrtum über Schuld Voraussetzungen entspricht."

Die Einführung eines derartigen Zwischenirrtums neben dem Tatbestands- und Verbotsirrtum, wie sie dem Entwurf offenbar vorschwebt, ist jedoch nicht zweckmäßig und zwar schon deshalb nicht, weil dadurch die ohnehin schon schwierige Materie unerträglich kompliziert würde und weil schließlich ein echtes Bedürfnis für die Erweiterung des Irrtumsbegriffes

---

5) Arthur Kaufmann a.a.O. S.353

6) Die Frage nach der Unterscheidbarkeit von Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum auf dem Gebiete des Tatbestands "im engeren Sinn" (Engisch, ZStW 66,379) ist nicht das eigentliche Problem der Arbeit und soll daher hier nicht näher behandelt werden

7) den Irrtum "über den Tatbestand des Erlaubnissatzes"

8) a.a.O. S.353

9) N.Schr., 14.Sitzung, S.68

10) a.a.O. S.353

11) a.a.O. S.68

gar nicht besteht, was allerdings voraussetzt, daß man sich entweder der strengen Schuldtheorie *W e l z e l s*, nach welcher der Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes genau-so wie der "über das Verbotensein der Handlung im ganzen" <sup>12)</sup> Verbotsirrtum, oder der L.v.d.n.T., nach der ein solcher tatsächlicher Irrtum Tatbestandsirrtum ist <sup>13)</sup>, anzuschließen gewillt ist.

Was zunächst den Irrtum über die rechtlichen Grenzen eines Rechtfertigungsgrundes und über das Bestehen eines von der Rechtsordnung nicht anerkannten Rechtfertigungsgrundes betrifft, sind sich beide Theorien einig; einmütig behandeln sie diese Irrtumsarten als Verbotsirrtum.

Damit spitzt sich der Theorienstreit allein auf die Frage zu, ob der Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes Tatbestands- oder Verbotsirrtum ist.

Die Theorie *W e l z e l s* besticht nun auf den ersten Blick durch ihre Logik und "Unkompliziertheit". Es klingt sehr einleuchtend, was er in seinem Lehrbuch <sup>14)</sup> schreibt: "Einen Fall des Verbotsirrtums bildet die irrige Annahme eines Rechtfertigungsgrundes. Mag der Täter über die objektiven Voraussetzungen oder über die rechtlichen Grenzen eines Rechtfertigungsgrundes irren oder irrtümlich einen vom Recht nicht anerkannten Rechtfertigungsgrund annehmen, in allen diesen Fällen irrt er über die Rechtswidrigkeit seiner vorsätzlichen Tatbestandsverwirklichung."

Aber liegen die Dinge wirklich so einfach?

*W e l z e l* kann zunächst entgegengehalten werden, daß auch der über den Tatbestand "im engeren Sinn" <sup>15)</sup>, z.B. über die Menschenqualität in § 211 StGB, irrende Täter über die Rechtswidrigkeit seiner Handlung irrt. Damit ist mit der Argumentation *W e l z e l s* noch keineswegs der Beweis erbracht, daß der Irrtum über die objektiven Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes ein - den Vorsatz unberührt lassender - Verbotsirrtum sei <sup>16)</sup>.

---

<sup>12)</sup> so *M e z g e r*, N.Schr., 14.Sitzung, S.40

<sup>13)</sup> vgl. die Ausführungen im zweiten Kapitel

<sup>14)</sup> 6.Aufl., 1958, S.149

<sup>15)</sup> *E n g i s c h*, ZStW 66,379

<sup>16)</sup> Denn der Tatbestandsirrtum "im engeren Sinn" wird auch von

Der Einwand *W e l z e l s* wird nun allerdings dahin gehen, daß im Falle des Irrtums über den Tatbestand "im engeren Sinn" der Irrtum über die Rechtswidrigkeit nur ein sekundärer (mittelbarer) sei, der darauf beruhe, daß der Täter in diesem Falle gar nicht wisse, was er in Wirklichkeit tue <sup>17)</sup>, während das anders sei, wenn der Täter über die objektiven Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes irre; denn hier wisse er, was er tue, sein Irrtum über die Rechtswidrigkeit sei ein primärer (unmittelbarer), d.h. er verwirkliche hier mit Wissen und Wollen einen Straftatbestand und irre nur über die Rechtswidrigkeit der Handlung <sup>18)</sup>.

Aber das ist ja gerade das Problem, ob der Rechtswidrigkeitsirrtum des Täters im Falle der irrigen Annahme von Rechtfertigungsmerkmalen ein primärer oder sekundärer ist! Den Beweis für seine Rechtsansicht hat *W e l z e l* jedenfalls mit dieser Argumentation nicht erbracht <sup>19)</sup>.

Bereits aus diesen Ausführungen geht hervor, daß das Problem der Behandlung von putativen Rechtfertigungsgründen in der Tatbestands- und nicht in der Rechtswidrigkeitslehre verankert liegt <sup>20)</sup>; es handelt sich allein um die Frage, ob die Merkmale eines Rechtfertigungsgrundes negativ gesehen als dem Tatbestand eines Strafgesetzes zugehörig anzusehen sind <sup>21)</sup>, mithin ob der Irrtum darüber Tatbestandsirrtum ist. In diesem

---

*W e l z e l* nicht als Verbotsirrtum behandelt

17) vgl. z.B. *W e l z e l*, Anm. IV zu dem Beschluß des BGH vom 18.3.1952, JZ 52, 342 ff (343 H.u.)

18) vgl. *W e l z e l* a.a.O.

19) *W e l z e l* schließt hier unzulässigerweise vom Vorsatz auf den Tatbestand, wie Arthur *K a u f m a n n* (JZ 54, 658) mit Recht betont. Dabei ist es gerade umgekehrt: Der Umfang des Vorsatzes hängt vom Tatbestand ab

20) Denn in beiden Irrtumsfällen irrt der Täter über die Rechtswidrigkeit. Somit kann diese kein taugliches Mittel für die Abgrenzung der Fälle sein

21) d.h. ob sie bei ihrem Vorliegen den betreffenden Tatbestand ausschließen.

Zusammenhang ist die L.v.d.n.T. einer eingehenden Analyse zu unterziehen, denn nach ihr sind die Merkmale eines Rechtfertigungsgrundes negative Tatbestandsmerkmale, die bei ihrem Vorliegen den Tatbestand ausschließen, so daß die irrtümliche Annahme solcher Rechtfertigungsgründe den Tatbestandsvorsatz ausschließt.

Die aufgezeigte Problemstellung läßt nun ihrerseits erkennen, daß der Streit zwischen der L.v.d.n.T. und der strengen Schuldtheorie seine Ursache darin hat, daß erheblicher Streit über den Begriff des Tatbestandes herrscht <sup>22)</sup>.

Während der "Unrechtstatbestand" der L.v.d.n.T. "alle Voraussetzungen des Unrechts, insbesondere das Fehlen von Rechtfertigungsgründen umfaßt", ist der von B e l i n g und von L i s z t überkommene Tatbestandsbegriff, wie ihn die strenge Schuldtheorie zugrundelegt, "enger und umfaßt nicht die Abwesenheit von Rechtfertigungsgründen <sup>23)</sup>." Dieser Tatbestandsbegriff beschränkt somit den strafgesetzlichen Tatbestand "auf die Merkmale, die in den besonderen Tatbeständen des Strafgesetzes enthalten sind <sup>24)</sup>."

Der Streit der Meinungen "entzündet sich nun an der Frage, welcher der beiden Tatbestandsbegriffe mit dem des gesetzlichen im Sinn des § 59 StGB zusammenfällt <sup>25)</sup>."

Arthur K a u f m a n n hat sicher recht, wenn er in JZ 54, 653 ff (656) hervorhebt, daß es keinen einheitlichen Tatbestandsbegriff gebe, sondern daß es von seiner jeweiligen F u n k t i o n abhängige, was Tatbestand sei und welchen Umfang er habe.

Daß der Begriff des Tatbestandes mehrdeutig ist, ergibt sich schon aus der interessanten Studie E n g i s c h ' s in der Festschrift für Mezger <sup>26)</sup>, in der nicht weniger als fünf Tatbestandsbegriffe unterschieden werden <sup>27)</sup>.

---

<sup>22)</sup> vgl. Arthur K a u f m a n n , JZ 56, 353 ff und Armin K a u f m a n n , Tatbestandseinschränkung und Rechtfertigung, JZ 55, 37 ff

<sup>23)</sup> so Armin K a u f m a n n a.a.O. S. 37

<sup>24)</sup> v. W e b e r , Negative Tatbestandsmerkmale, Festschrift für Mezger S. 186

<sup>25)</sup> Armin K a u f m a n n a.a.O.

<sup>26)</sup> S. 130 ff

<sup>27)</sup> nämlich erstens "der Tatbestand im Sinne der Rechtstheorie

In JZ 56,353 ff stellt Arthur Kaufmann als die beiden wichtigsten Tatbestandsbegriffe den sog. Deliktstypus, der sich mit dem Garantietatbestand im Sinne Engisch's<sup>28)</sup> deckt, und den Unrechtstatbestand im Sinne Mezgers<sup>29)</sup> heraus.

Der Garantietatbestand ergibt danach nur "den typischen Strafwürdigkeitsgehalt eines Delikts, sagt aber nicht abschließend, was notwendig Unrecht ist<sup>30)</sup>"; er enthält "in der Tat nicht alle Merkmale, welche die Rechtswidrigkeit eines Verhaltens bestimmen, aber sie genügen, um unter der Voraussetzung, daß diese übrigen Merkmale gegeben sind, die Art des begangenen Delikts, den Deliktstypus zu bestimmen<sup>31)</sup>."

Ist nun dieser Tatbestandsbegriff des Garantietatbestandes derjenige, auf den sich der Vorsatz zu erstrecken hat, wenn von einer Vorsatztat die Rede sein soll, m.a.W. der "gesetzliche Tatbestand" im Sinne des § 59 StGB?

Dies muß verneint werden. Denn zwar ist der Vorsatz natürlich dann ausgeschlossen, wenn er einen der besonderen Tatumstände

---

als der Inbegriff aller materiellen Voraussetzungen der Strafdrohung", zweitens "der Verbrechenstatbestand als Inbegriff der ... Verbrechensmerkmale", drittens als nächstengerer Tatbestandsbegriff "der Garantie-tatbestand, der gemäß dem Grundsatz nullum crimen sine lege diejenigen Verbrechensmerkmale umfaßt, die gesetzlicher Fixierung bedürfen, nicht dem Gewohnheitsrecht entnommen oder per analogiam gewonnen werden können", viertens der vom Garantietatbestand zu unterscheidende "Unrechtstatbestand, der diejenigen (allgemeinen oder besonderen, positiven oder negativen, geschriebenen oder ungeschriebenen, objektiven oder subjektiven) Verbrechensmerkmale umgreift, die den sachlichen Unrechtsgehalt des Verbrechens (die Interessenverletzung, die Sozial-schädlichkeit und dgl.) erfassen und in dieser Gestalt die 'ratio essendi' der Rechtswidrigkeit bilden, welche letztere ihrerseits als der Verwirklichung des Unrechtstatbestandes zuerteiltes Wertprädikat selbst nicht zu diesem Tatbestand gehört" und fünftens der vom Unrechtstatbestand abzusondernde "gesetzliche Tatbestand im Sinn des § 59 StGB, der 'engere Tatbestand' im Sinn Sauer's", der "denjenigen Teil des Unrechtstatbestandes" darstellt, "auf den sich Vorsatz und Fahrlässigkeit zu beziehen haben, wenn von einem Tatbestandsvorsatz ... die Rede sein soll"

28) a.a.O.

29) vgl. Wandlungen der strafrechtlichen Tatbestandslehre, NJW 53,2 ff

30) Arthur Kaufmann a.a.O.

31) v. Weber, Mezger-Festschrift S.186

des Garantietatbestandes nicht umfaßt. "Aber damit ist der Vorsatz nur nach einer Seite, hinsichtlich der Differenzierung der Tatbestände bestimmt. Der objektive Unrechtstatbestand ist aber erst verwirklicht, wenn auch die übrigen Merkmale vorliegen, die ebenso wie die besonderen Tatumstände in ihren Voraussetzungen durch das Recht festgelegt sind <sup>32)</sup>."

Nach M e z g e r <sup>33)</sup> liegt ein Unrechtstatbestand überhaupt nicht vor, wenn besondere Tatumstände gegeben sind, die die Tat als eine erlaubte oder gar als eine gebotene erscheinen lassen. "Jeder 'gesetzliche (Unrechts-) Tatbestand' im Sinn des § 59 StGB enthält von vornherein die stillschweigende Einschränkung, daß er als Grundlage des Unrechts zurücktritt, wenn besondere Tatumstände vorliegen, die das Unrecht der Tat beseitigen <sup>34)</sup>."

Dieser Auffassung ist beizutreten.

Es läßt sich in der Tat nicht bestreiten, daß das objektive Unrecht des § 212 StGB als Voraussetzung der Strafdrohung zurücktritt, wenn der tatbestandlichen Tötung beispielsweise der Rechtfertigungsgrund der Notwehr <sup>35)</sup> zur Seite steht. <sup>36)</sup> Damit enthüllt sich auch "die materiale Bedeutungslosigkeit der bloßen Tatbestandsmäßigkeit <sup>37)</sup>" im Sinn des Vorliegens des Garantietatbestandes. Dieser hat im wesentlichen nur formale, prozessuale und (rechtsstaatliche) "Garantie"-Funktionen, kann jedoch keine Antwort auf die Frage geben, worauf sich der Vorsatz zu erstrecken hat. Letzteres hängt vielmehr

---

<sup>32)</sup> v. W e b e r a.a.O. S.186

<sup>33)</sup> NJW 53,6

<sup>34)</sup> M e z g e r a.a.O. S.6

<sup>35)</sup> besser "Unrechtsausschließungsgrund", denn das Vorliegen der Notwehr beseitigt das objektive Unrecht des Totschlags

<sup>36)</sup> vgl. auch das Beispiel in LK, 7.Aufl.(1953) § 59 I 2b, wo M e z g e r richtig hervorhebt, daß der Soldat, der während des Krieges im Kampf den Feind erschießt, zwar vorsätzlich einen Menschen tötet und damit die besonderen Tatumstände des § 212, aber nicht den objektiven Unrechtstatbestand des Totschlags verwirklicht

<sup>37)</sup> v. W e b e r a.a.O. S.188

allein davon ab, was zum Unrechtstatbestand im Sinne M e z -  
g e r s , zur Verbotsmaterie im Sinne W e l z e l s <sup>38)</sup> ge-  
hört, "denn die Elemente, durch die die Straftat als sozial  
bedeutsames Ereignis erscheint und die deshalb Grund des Ver-  
botes sind, müssen vom Tätervorsatz umfaßt werden <sup>39)</sup>."

Zu diesem Unrechtstatbestand gehört aber - wie bereits das  
Beispiel der Tötung in Notwehr zeigt - neben dem Vorliegen  
des Deliktstypus <sup>40)</sup> das Fehlen von Rechtfertigungsvoraus-  
setzungen; denn erst dann, wenn feststeht, daß der "tatbe-  
standlichen" Handlung keine Rechtfertigungsgründe zur Seite  
stehen, weiß man, was notwendig Unrecht ist <sup>41)</sup>.

Grund und Gegenstand des Verbotes <sup>42)</sup> der vorsätzlichen Tö-  
tung in § 212 StGB ist somit nicht die bloße Tötung eines  
Menschen <sup>43)</sup>, sondern allein die durch keinen Rechtfertigungs-  
grund gedeckte, also rechtswidrige Tötung.

Nur dieser an der Rechtswidrigkeit ausgerichtete Tatbestands-  
begriff des Unrechtstatbestandes in dem Sinne, daß das tatbe-  
standsmäßige Verhalten "eo ipso tatbestandsmäßiges Unrecht <sup>44)</sup>",  
daß der Tatbestand also nicht nur Indiz ("ratio cognoscendi"),  
sondern Sachgrund ("ratio essendi") für das Wertprädikat

---

<sup>38)</sup> vgl. Lehrbuch 1958, S.46 ff: "Die Verbotsmaterie enthält  
die sachliche, gegenständliche Beschreibung des verbote-  
nen Verhaltens"

<sup>39)</sup> Arthur K a u f m a n n , JZ 54,656

<sup>40)</sup> denn dieser ist die erste Voraussetzung der Strafdrohung  
und mit ihm beginnt die strafrechtliche Relevanz des Ver-  
haltens

<sup>41)</sup> vgl. Arthur K a u f m a n n a.a.O. S.656

<sup>42)</sup> der Unrechtstatbestand M e z g e r s , die Verbotsmaterie  
W e l z e l s

<sup>43)</sup> denn die bloße Tatbestandsmäßigkeit ist ein vollkommen ab-  
straktes Gebilde, das keinen Aufschluß über Rechtmäßigkeit  
oder Rechtswidrigkeit der Handlung gibt

<sup>44)</sup> E n g i s c h , Untersuchungen S.12

"rechtswidrig" ist, kann der Tatbestandsbegriff des "gesetzlichen Tatbestandes" im Sinne des § 59 StGB, auf den sich der Vorsatz zu beziehen hat, sein.

Damit erweist sich die L.v.d.n.T., besser von den "einschränkenden" Tatbestandsmerkmalen, da es sich um Merkmale handelt, die den Umfang des Tatbestandes verengen <sup>45)</sup>, als richtig <sup>46)</sup>. Als Konsequenz dieser Lehre ist mit Arthur Kaufmann <sup>47)</sup> festzuhalten: Die Merkmale der Unrechtsausschließungsgründe sind Umstände, die zum gesetzlichen Tatbestand im Sinn des § 59 StGB gehören. Daraus ergibt sich zwingend, daß die irrige Annahme, solche Rechtfertigungsmerkmale seien gegeben, Tatbestandsirrtum ist, der den Vorsatz ausschließt.

Dieses Ergebnis verträgt sich auch mit den Irrtumsgrundsätzen des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs auf dem Gebiete der Rechtfertigungsgründe. Das Reichsgericht und der Bundesgerichtshof haben in ständiger Rechtsprechung dem Irrtum über Rechtfertigungsmerkmale vorsatzausschließende Wirkung beigelegt <sup>48)</sup>.

Mit dieser materialen Betrachtung des Tatbestandsbegriffes ist aber keineswegs der Vorsatztheorie beizutreten. Denn "der Inhalt des Gewollten muß - bei objektiver Bewertung - rechtswidrig sein; ob der Täter erkennt, daß dies der Fall ist, ob seine subjektive Bewertung der Tat mit der objektiven Bewertung vom Standpunkt des geltenden Rechts übereinstimmt, ist dagegen unerheblich <sup>49)</sup>."

Wie bei den sonstigen Tatumständen ist auch bei den Rechtfertigungsgründen "zwischen den Rechtfertigungsmerkmalen und der Bewertung, zwischen der Rechtswidrigkeit des Gewollten und dem

---

<sup>45)</sup> E n g i s c h , Untersuchungen S.10/11

<sup>46)</sup> vgl. Arthur Kaufmann , JZ 54,656: "Mit den positiven (unrechtsbegründenden) Tatbestandsmerkmalen wird der Rahmen des Strafbaren meist zu weit gezogen; das so beschriebene Verhalten ist nicht schon das Unrecht, das verboten ist. Erst wenn man die Unrechtsausschließungsgründe einbezieht, weiß man, was wirklich verboten ist"

<sup>47)</sup> a.a.O. S.656

<sup>48)</sup> vgl. etwa RGSt 54,199; 60,261(62); 63,219; 72,302; BGHSt 3, 105 ff; 3,194 ff

<sup>49)</sup> v. W e b e r a.a.O. S.189

Wissen um diese Rechtswidrigkeit <sup>50)</sup> zu unterscheiden <sup>51)</sup>. Der Wertungsunterschied zwischen dem Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen eines von der Rechtsordnung anerkannten Rechtfertigungsgrundes und dem Irrtum über das Bestehen eines - in Wirklichkeit vom Recht nicht anerkannten - Rechtfertigungsgrundes liegt auf der Hand: Im ersten Fall läge, sofern die Annahme des Täters zuträfe, auch bei objektiver Bewertung ein Unrechtstatbestand nicht vor, während im zweiten Fall - bei objektiver Bewertung - ein solcher auf jeden Fall gegeben ist. Das ist ein sachlicher Unterschied, der die unterschiedliche Behandlung - im ersten Fall Vorsatzausschluß ohne Rücksicht auf Vermeidbarkeit des Irrtums, im zweiten Fall lediglich Ausschluß der Schuld bei Unvermeidbarkeit des Irrtums - rechtfertigt. Im ersten Fall weiß der Täter gar nicht, was er tut und irrt deshalb über die Rechtswidrigkeit der Tat (sekundärer Irrtum über die Rechtswidrigkeit), während er im zweiten Fall nur über die Rechtswidrigkeit seiner Handlung bei voller Kenntnis des Tatbestandes irrt (primärer Irrtum über die Rechtswidrigkeit).

Die Lehre von den einschränkenden (negativen) Tatbestandsmerkmalen beweist nun ihre Richtigkeit gerade darin, daß sie den zahlreichen gegen sie erhobenen Einwänden standzuhalten vermag.

1. W e i ß lehnt die Lehre vor allem mit folgenden Argumenten ab <sup>52)</sup>:

a) Er behauptet, daß nach der L.v.d.n.T. das Eingreifen eines Rechtfertigungsgrundes den Tatbestand des betreffenden Delikts ausschließe, daß also z.B. der Hinzutritt der Notwehr den Tatbestand des Totschlags ebenso beseitige wie die fehlende Men-

---

<sup>50)</sup> v. W e b e r a.a.O. S.191

<sup>51)</sup> Im gleichen Sinn E n g i s c h (ZStW 66,379), der darauf hinweist, daß man dann, wenn man auf dem Felde der Rechtfertigungsgründe zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum nicht unterscheiden zu können glaubt, gezwungen sein wird, diese Unterscheidung auch auf dem Gebiete des Tatbestands im engeren Sinne aufzugeben

<sup>52)</sup> vgl. ZStW 67,208 ff

schenqualität des Tatobjekts. Hierin liegt nach seiner Ansicht die Verkenntung einer besonderen Wertungsstufe des Rechts, nämlich der Sphäre des Erlaubten gegenüber der des rechtlich irrelevanten. So sei die Tötung einer Mücke, weil tatbestandslos, rechtlich irrelevant. Die Tötung eines Menschen in Notwehr dagegen sei eine rechtlich relevante, darum tatbestandsmäßige Handlung, aber erlaubt.

W e l z e l hat hier die L.v.d.n.T. offenbar mißverstanden, denn auch nach ihr besteht zwischen der Tötung einer Mücke und der Tötung eines Menschen in Notwehr ein wesentlicher Unterschied; sie hat noch nie behauptet, daß beides tatbestandslose Vorgänge seien.

Man muß vielmehr entsprechend der jeweiligen Funktion des Tatbestandes zwischen dem Garantietatbestand (dem Deliktstypus) und dem Unrechtstatbestand (der Verbotsmaterie W e l z e l s ) unterscheiden.

So unterfällt das Töten einer Mücke weder einem Deliktstypus<sup>53)</sup> noch einer Verbotsmaterie, ist also ein strafrechtlich irrelevantes Geschehen. Anders liegt es dagegen bei der Tötung eines Menschen in Notwehr. Dieser Vorgang unterfällt sehr wohl einem Garantietatbestand<sup>54)</sup>, nicht jedoch einem Unrechtstatbestand, ist also ein strafrechtlich r e l e v a n t e s Geschehen<sup>55)</sup>, aber kein tatbestandsmäßiges Unrecht, da der Hinzutritt negativer Tatbestandsmerkmale den Unrechtstatbestand ausschließt<sup>56)</sup>.

---

53) weil es keinen Straftatbestand gibt, der die Tötung einer Mücke unter Strafe stellt

54) weil die Tötung eines Menschen in §§ 211 ff StGB unter Strafe gestellt ist

55) insoweit ist W e l z e l s Einwand (a.a.O. S.208 ff) dahingehend, daß nach der L.v.d.n.T. der Hinzutritt eines Rechtfertigungsgrundes die Tatbestandsmäßigkeit ausschließe und das Verhalten zu einem rechtlich g l e i c h g ü l t i g e n Geschehen mache, unbegründet

56) vgl. Arthur K a u f m a n n , JZ 56,355: "Wohl unterfällt die Tötung eines Menschen in Notwehr, nicht aber die Tötung einer Mücke einem Deliktstypus, ist also strafrechtlich relevant, aber beide Verhaltensweisen füllen, so wenig sie verboten sind, eine Verbotsmaterie aus" und E n g i s c h , ZStW 70,596: "Damit, daß ein Verhalten infolge des Eingreifens negativer Tatbestandsmerkmale im Endergebnis nicht tat-

W e l z e l wirft also der L.v.d.n.T. zu Unrecht vor, daß nach ihr die strafrechtliche Relevanz eines Verhaltens erst mit der Erfüllung einer Verbotsmaterie beginne. Daß dies nicht der Fall ist - das vielmehr die strafrechtliche Relevanz bereits mit dem Vorliegen des Deliktstypus gegeben ist - geht aus den bisherigen Ausführungen eindeutig hervor. Damit ist aber keineswegs gesagt, daß mit der Bejahung der strafrechtlichen Relevanz schon die Tatbestandsmäßigkeit im Sinne des Vorliegens einer Verbotsmaterie gegeben sein müßte. Letzteres ist erst dann der Fall, wenn der "garantietatbestandsmäßigen" Handlung kein Unrechtsausschließungsgrund zur Seite steht. Das folgt aus der Funktion des Unrechtstatbestandes als des Teils des Tatbestandes, auf den sich der Vorsatz zu erstrecken hat, wenn von einer Vorsatztat im Sinne des § 59 StGB die Rede sein soll.

Auch hier zeigt sich wieder, daß der an der Rechtswidrigkeit ausgerichtete Tatbestandsbegriff der L.v.d.n.T. ein "völlig materialer" ist, der "sämtliche Elemente des Strafwürdigkeitsgehaltes eines Verbrechens" umfaßt als "Korrelat zu der ganz und gar formalen, inhaltsleeren Kategorie der Rechtswidrigkeit <sup>57)</sup>", während der etwa dem Garantietatbestand der L.v.d.n.T. gleichkommende Tatbestandsbegriff der strengen Schuldtheorie ein formaler, beinahe inhaltsleerer ist, der nach alledem zwar Gegenstand des Vorsatzes sein kann, aber nur eine Abgrenzung des Vorsatzes "hinsichtlich der Differenzierung der besonderen Tatbestände <sup>58)</sup>", nicht dagegen hinsichtlich des materialen Unrechtstatbestandes ermöglicht.

Diese "materiale Bedeutungslosigkeit der bloßen Tatbestands-

---

bestandsmäßig ist, braucht es noch nicht rechtlich indifferent zu sein. Das Vorliegen der positiven Merkmale ergibt zweifellos eine gewisse rechtliche Relevanz, das Wirksamwerden der negativen Tatbestandsmerkmale verwandelt diese Relevanz auch nicht in Irrelevanz, es hat nur zur Folge, daß insgesamt nicht der Tatbestand ein-greift"

57) Arthur Kaufmann, JZ 56, 356

58) v. Weber a.a.O. S.186

mäßigkeit <sup>59)</sup>" offenbart sich gerade auch an der Beachtlichkeit des sozialadäquaten Verhaltens. Denn "die sozialadäquate Handlung steht einer nicht tatbestandsmäßigen gleich, auch wenn die Tatbestandsbeschreibung auf sie zutrifft <sup>60)</sup>", d.h. sie erfüllt zwar einen Garantie-, nicht jedoch einen Unrechtstatbestand.

Die Folgerungen der Unterscheidung von Deliktstypus und Verbotsmaterie für Vorsatz und Irrtum sind noch einmal folgende: Irrt der Täter über Merkmale eines Rechtfertigungsgrundes, z.B. im Falle der Tötung eines Menschen über die tatsächlichen Voraussetzungen der Notwehr nach § 53 Abs.2 StGB, so kennt er zwar die "besonderen Umstände" des § 212 StGB, d.h. den Garantietatbestand, nicht aber den objektiven Unrechtstatbestand des Totschlags. Er weiß also, daß er einen Menschen tötet, befindet sich jedoch über den rechtfertigenden Sachverhalt <sup>61)</sup> der Notwehr im Irrtum. Aus diesem Grund muß das Vorliegen eines Tatbestandsvorsatzes verneint werden, denn "der Vorsatz muß, soll er selbst ein rechtswidriger sein, alle objektiven Merkmale des Unrechtstatbestandes umfassen <sup>62)</sup>."

b) W e l z e l wirft der L.v.d.n.T. weiter vor <sup>63)</sup>, daß im Falle der Deutung der Rechtfertigungsgründe als negative Tatumstände die Dreigliederung des Deliktsaufbaues in Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld aufgegeben und die Rechtswidrigkeit mit der Tatbestandsmäßigkeit identifiziert würde. Da nach dieser Theorie nur rechtswidriges Verhalten tatbestandsmäßig sein solle, müsse, ehe man die Tatbestandsmäßigkeit bejahen könne, die Rechtswidrigkeit dieses Verhaltens festgestellt sein.

---

59) v. W e b e r a.a.O. S.188

60) v. W e b e r a.a.O. S.188

61) über die Merkmale, die die Rechtswidrigkeit seiner Handlung ausmachen, v. W e b e r a.a.O. S.189

62) v. W e b e r a.a.O. S.189

63) ZStW 67,212 Anm.32

Aber auch die L.v.d.n.T. behauptet nicht, daß Tatbestand und Rechtswidrigkeit identisch sind; diese ist vielmehr eine zwingende Folge des Unrechtstatbestandes. "Das tatbestandsmäßige Verhalten ist eo ipso tatbestandsmäßiges Unrecht <sup>64)</sup>", der Unrechtstatbestand ist Sachgrund für das Wertprädikat "rechtswidrig".

Das Vorliegen des Unrechtstatbestandes setzt nun seinerseits freilich voraus, daß die zu untersuchende Handlung einem Deliktstypus unterfällt, da ein strafrechtlich irrelevantes (gleichgültiges) Geschehen nie rechtswidrig sein kann.

Die Reihenfolge der Prüfung ist also folgende: Feststellung des Garantietatbestandes und dann Prüfung und gegebenenfalls Bejahung des Unrechtstatbestandes, die somit davon abhängt, daß der "bloß tatbestandsmäßigen" Tat kein Unrechtsausschließungsgrund zur Seite steht. <sup>65)</sup>

c) W e l z e l leitet die Fehlerhaftigkeit der L.v.d.n.T. <sup>66)</sup> auch daraus ab, daß sie einen radikalen Bruch mit der bisherigen Doluslehre bedeute <sup>67)</sup>; denn wenn die sog. negativen Tatumstände tatsächlich negative Tatbestandsmerkmale wären, so müßte der Vorsatz des Täters das aktuelle Bewußtsein vom Nichtvorliegen aller denkbaren Rechtfertigungsgründe umfassen. Dies sei aber bei den "negativen Tatumständen" eine psychologische Unmöglichkeit, denn der Täter einer Körperverletzung könne gar nicht mit dem Bewußtsein des Nichtvorliegens aller denkbaren Rechtfertigungsgründe handeln. Nach der Ansicht W e l z e l s würde es den Begriff des Vorsatzes als aktuelles Bewußtsein

---

64) E n g i s c h , Untersuchungen S.12

65) So auch Arthur K a u f m a n n , JZ 56,355: "Es ist also keine Rede davon, daß nach der hier vertretenen Auffassung das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen v o r der Tatbestandsmäßigkeit (im Sinne der Deliktstypizität) geprüft werden müßte ... Wenn es um die Feststellung geht, ob ein strafbares Verhalten vorliegt, muß selbstverständlich zuerst gefragt werden, ob es einem Deliktstypus unterfällt"

66) a.a.O. S.212

67) ebenso: Armin K a u f m a n n , JZ 55,38

vom Vorliegen aller Tatumstände völlig verfehlen, wollte man an die Stelle des aktuellen Bewußtseins vom Fehlen der Rechtfertigungsgründe das Fehlen des Bewußtseins von der Abwesenheit der Rechtfertigungsgründe setzen<sup>68)</sup>. Die gleichen Bedenken meldet Armin Kaufmann<sup>69)</sup> an. Er ist der Auffassung, daß nach der L.v.d.n.T. der Vorsatz nicht mehr im Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung, sondern teilweise im Wissen und Wollen, teilweise im Nichtwissen bestehe.

Diesen Einwänden kann man zunächst mit Mezger<sup>70)</sup> entgegenhalten, daß der Vorsatz des Täters, das Wissen und Wollen der Tat, im Erfassen der konkreten Tatsituation besteht, in der in den normalen Fällen nichts ist, was auf einen Rechtfertigungsgrund, z.B. auf Notwehr, geht. "Das Fehlen der Notwehr ist dann also Bestandteil des Vorsatzes des Täters. Der Täter stellt sich eine Situation vor, in der nichts von diesen negativen Tatumständen enthalten ist, und das genügt selbstverständlich für seinen Vorsatz, ohne daß eine Subsumtion in Richtung der negativen Tatumstände stattfände<sup>71)</sup>."

Ferner kann darauf hingewiesen werden, das auch bei anderen einschränkenden Tatbestandsmerkmalen nur die positive Annahme derartiger Umstände den Vorsatz ausschließt, wie Arthur Kaufmann<sup>72)</sup> mit Recht betont. So wird beispielsweise bei dem negativen Tatbestandsmerkmal der Unbescholtenheit des verführten Mädchens in § 182 StGB der

---

68) Denn nach v. Weber (Mezger-Festschrift S.185) und Arthur Kaufmann (JZ 54,657, Anm. 37) genügt bei negativen Tatbestandsmerkmalen für den Vorsatz das Fehlen der Vorstellung vom Nichtvorliegen der negativen Tatumstände

69) a.a.O. S.38

70) N.Schr., 14.Sitzung, S.22

71) Mezger a.a.O.; ebenso Engisch, ZStW 70,598, der darauf hinweist, daß einem Täter, der die positiven Merkmale kennt und keinen rechtfertigenden Sachverhalt annimmt, "irgendwie gegenwärtig ist, daß von einem rechtfertigenden Sachverhalt in concreto nicht die Rede ist ..."

72) JZ 54,657, Anm.37

Vorsatz nur durch die positive Annahme der Bescholtenheit ausgeschlossen. Dieser bleibt also bestehen, wenn sich der Täter über die Bescholtenheit des Mädchens keine Gedanken macht <sup>73)</sup>.

Genauso wie mit den negativen Tatumständen der einzelnen Tatbestände des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches verhält es sich auch mit den sonstigen negativen Tatbestandsmerkmalen. Insofern verkennen W e l z e l und Armin K a u f m a n n die e i n s c h r ä n k e n d e Natur dieser Merkmale <sup>74)</sup>.

Arthur K a u f m a n n <sup>75)</sup> hat überzeugend nachgewiesen, daß Armin K a u f m a n n und W e l z e l "aus den negativen Tatbestandsmerkmalen positive Tatbestandsmerkmale mit negativem Inhalt gemacht, die Abwesenheit eines Tatumstandes in den Tatumstand seiner Abwesenheit verwandelt" haben <sup>76)</sup>; denn "dem Vorsatz kann in Bezug auf n e g a t i v e Merkmale, deren Nichtvorhandensein Tatbestands-erfordernis ist, nur eine n e g a t i v e Funktion zukommen: als Vorsatzausschluß bei irriger Annahme des Vorliegens solcher Umstände <sup>77)</sup>."

2. Armin K a u f m a n n behauptet <sup>78)</sup>, daß es unmöglich sei, bei irrtümlicher Annahme von Rechtfertigungsvoraussetzungen die Fahrlässigkeit zu konstruieren.

---

<sup>73)</sup> so Arthur K a u f m a n n a.a.O.; Eng i s c h , ZStW 70, 598 und W e l z e l , der hier gleicher Ansicht ist, vgl. Deutsches Strafrecht, 6. Aufl. (1958), S. 357; "Nur die positive Annahme der Bescholtenheit ... schließt den Vorsatz aus!" Ebenso: BGH NJW 51, 530 im Anschluß an das Reichsgericht (u.a. in GA 49, 135 und in JW 35, 525)

<sup>74)</sup> Arthur K a u f m a n n a.a.O.

<sup>75)</sup> JZ 56, 357

<sup>76)</sup> Darauf hat schon R a d b r u c h , Frank - Festgabe I (1930) S. 164 aufmerksam gemacht

<sup>77)</sup> Arthur K a u f m a n n a.a.O.; ebenso R a d b r u c h a.a.O., der es für den Vorsatz als genügend ansieht, wenn die Anwesenheit negativer Tatumstände nicht angenommen wird

<sup>78)</sup> JZ 55, 39

Mit Recht fordert er für die Fahrlässigkeit die Verletzung einer Sorgfaltspflicht; er kann sich aber anscheinend nicht vorstellen, welche Sorgfaltspflicht der Täter bei irriger Annahme der tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes verletzt.

Er führt aus, daß der Vorwurf der Fahrlässigkeit - außer der Verletzung einer Sorgfaltspflicht - die Voraussehbarkeit des Erfolges erfordere, d.h. vom Boden der L.v.d.n.T. aus die Voraussehbarkeit auch des Fehlens der Rechtfertigungsvoraussetzungen. Da aber - so schreibt er weiter - das Fehlen der Rechtfertigungsmerkmale "negativer Tatumsstand" jedes Fahrlässigkeitstatbestandes wäre, müßte nach seiner Ansicht in allen Fällen der Fahrlässigkeit der Täter voraussehen können, daß a l l e Merkmale aller Rechtfertigungsgründe nicht vorlägen.

Diesen Einwänden kann zunächst entgegengehalten werden, daß das Reichsgericht und ihm folgend der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung die Fahrlässigkeit im Falle irriger Annahme von Rechtfertigungsvoraussetzungen konstruiert haben, wenn der Irrtum verschuldet (vorwerfbar) war <sup>79)</sup>.

Entscheidend ist jedoch folgendes: Es ist richtig, daß für die Fahrlässigkeit die Verletzung einer Sorgfaltspflicht verlangt wird. Diese Pflichtverletzung liegt bei schuldhaft- irriger Annahme von Rechtfertigungsmerkmalen darin, daß den Täter bei der Verkennung des rechtfertigenden Sachverhalts ein Verschulden trifft. So ist im Falle der Putativnotwehr der Vorwurf der Fahrlässigkeit dann begründet, wenn der Täter das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen der Notwehr nicht sorgfältig genug geprüft hat und deshalb zu der irrigen Annahme gekommen ist, die Tat sei wegen Notwehr gerechtfertigt.

Armin K a u f m a n n hat sicher recht, wenn er meint, daß bei der Begründung der Fahrlässigkeit auf dem Boden der L.v.d.n.T. die Annahme einer Prüfungspflicht "bleibe", nämlich die Annahme der Pflicht zur sorgfältigen Prüfung der Rechtfertigungsvoraussetzungen. Er irrt aber, wenn er

---

<sup>79)</sup> vgl. etwa RGSt 65,265; BGH 3,105

glaubt, daß diese Prüfungspflicht unabhängig davon bestehen müßte, ob die Rechtfertigungsvoraussetzungen in Wirklichkeit vorliegen oder nicht, und daß konsequenterweise auch der Täter wegen fahrlässiger Tatbegehung zu bestrafen sei, der beim Vorliegen der Rechtfertigungsvoraussetzungen seiner Prüfungspflicht nicht genügt habe.

Armin Kaufmann übersieht nämlich, daß nach der L.v.d.n.T. ein Unrechtstatbestand gar nicht vorliegt, wenn die Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes gegeben sind. Infolgedessen kann die Frage der Fahrlässigkeit nicht auftauchen und die Verletzung der Prüfungspflicht spielt in diesen Fällen keine Rolle, denn sie wird erst beim Vorliegen eines Tatbestandes bedeutsam <sup>80)</sup>.

Worin ist nun die für die Fahrlässigkeit erforderliche Voraussehbarkeit des Erfolges zu erblicken?

Nach der L.v.d.n.T. kommt es auf die Voraussehbarkeit des Unrechtstatbestandes an <sup>81)</sup>. So weiß der Täter im Falle der Tötung in Putativnotwehr sehr wohl, daß er die objektiven Tatbestandsmerkmale - den Garantietatbestand - der §§ 211, 212 StGB erfüllt, aber er weiß nicht, daß er einen Unrechtstatbestand setzt. Oder um mit Arthur Kaufmann <sup>82)</sup> zu sprechen: G e s c h e h e n ist eine Tötung ohne Verteidigungsnotwendigkeit, g e w o l l t ist die Tötung zur Rettung des eigenen Lebens.

Soll nun dem Täter der Vorwurf der Fahrlässigkeit gemacht werden können, so muß die Erfüllung dieses Unrechtstatbestandes (die "Tötung ohne Verteidigungsnotwendigkeit", also die rechtswidrige Tötung) für ihn voraussehbar gewesen sein.

---

<sup>80)</sup> vgl. Arthur Kaufmann, JZ 56, 393 und Anm. 66 (S. 393): "Wo ein solcher (Tatbestand) nicht vorliegt, ist es sinnlos zu fragen, ob der 'Täter' seine Sorgfaltspflicht verletzt hat oder nicht (denn 'fahrlässigen Versuch' gibt es nicht)"

<sup>81)</sup> Auch hier wird wieder deutlich, daß alles von der Unterscheidung des Tatbestandsbegriffes je nach seiner Funktion in Garantie- und Unrechtstatbestand abhängt

<sup>82)</sup> JZ 56, 357

Man sieht somit, daß es nur bei ganz formaler Betrachtung des Tatbestandsbegriffes im Sinne des Garantietatbestandes nicht möglich ist, die Voraussehbarkeit des Erfolges zu konstruieren, während das anders ist, wenn man den Tatbestand material als Unrechtstatbestand im Sinne M e z g e r s , als Verbotsmaterie im Sinne W e l z e l s versteht <sup>83)</sup>, wie es die L.v.d.n.T. tut; denn diese Theorie sieht den strafrechtlichen "Erfolg" nicht in der bloßen Verwirklichung der objektiven Tatbestandsmerkmale eines gesetzlichen Tatbestandes, sondern in dem "sachlichen Unrechtsgehalt des Verbrechens, der Interessenverletzung, der Sozial-schädlichkeit <sup>84)</sup>" und es wird niemand bezweifeln, daß der sachliche Unrechtsgehalt eines Verbrechens erst erfüllt ist, wenn dem formalen Begriff der "bloßen Tatbestandsmäßigkeit" <sup>85)</sup> kein von der Rechtsordnung anerkannter Rechtfertigungsgrund zur Seite steht <sup>86)</sup>.

3. Der letzte - hier behandelte - Einwand gegen die L.v.d.n.T. wird von D r e h e r erhoben <sup>87)</sup>. Er geht dahin, daß nach der L.v.d.n.T. - unter der Voraussetzung, daß Teilnahme an unvorsätzlicher Tat nicht möglich sei - der Helfer eines in Putativnotwehr Handelnden, wenn er selbst den wahren Sachverhalt erkenne, nicht wegen Beihilfe bestraft werden könne, weil nach dieser Lehre der Vorsatz ausgeschlossen sei, wenn der Täter die Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes irrig annehme. Diese Bedenken erweisen sich jedoch bei näherem Hinsehen

---

<sup>83)</sup> so auch Arthur K a u f m a n n , JZ 56,357: "Die Frage der Begründung der Fahrlässigkeit kann nur für den ein Problem sein, der den Erfolg allein als einen äußerlichen, sinnenfälligen Vorgang begreift"

<sup>84)</sup> E n g i s c h , Mezger- Festschrift S.132

<sup>85)</sup> v. W e b e r, Mezger- Festschrift S.188

<sup>86)</sup> Zustimmend Arthur K a u f m a n n a.a.O. S.357: "Wer dagegen teleologisch, final, in Sinnbezügen zu denken versteht, wird in den Fällen des Irrtums über rechtfertigende Tatumstände den strafrechtlich wesentlichen Unterschied zwischen gewolltem und wirklichem Erfolg nicht übersehen können ..."

<sup>87)</sup> N.Schr., 14.Sitzung, S.59

als unbegründet. Bekanntlich ist seit der Einführung der sog. limitierten Akzessorietät der Teilnahme in § 50 Abs.1 StGB durch die Novelle vom 29.5.1943 (RGBl. I S.339) mit der Durchführungsverordnung vom gleichen Tag (RGBl. I S.341) die Teilnahme an unvorsätzlicher Tat möglich und strafbar; denn limitierte Akzessorietät bedeutet, daß "der andere" (d.h. der Haupttäter) zwar eine tatbestandlich- rechts- widrige, aber keine schuldhaftige Handlung begangen zu haben braucht <sup>88)</sup>.

Dabei erhebt sich allerdings die Frage, was der Gesetzgeber von 1943 unter "Schuld des anderen" (§ 50 Abs.1 StGB) verstanden hat.

Der Bundesgerichtshof hat zunächst in zwei Entscheidungen <sup>89)</sup> festgestellt, daß der Gesetzgeber den Begriff der Schuld "ersichtlich so verstanden wissen wollte, wie er in der Rechtsprechung allgemein aufgefaßt und angewendet wurde, nämlich als Oberbegriff für Vorsatz und Fahrlässigkeit <sup>90)</sup>." Demgemäß hat der Bundesgerichtshof in diesen beiden Entscheidungen die Teilnahme an unvorsätzlichen Handlungen anerkannt <sup>91)</sup>.

In einem neueren Urteil vom 6.7.1956 <sup>92)</sup> ist der Bundesgerichtshof von der noch in BGHSt 4,355 ff; 5,47 ff vertretenen Auffassung abgewichen und hat dahin entschieden, daß eine Verurteilung wegen Anstiftung oder Beihilfe stets voraussetze, daß der Haupttäter vorsätzlich handle. Er führt aus, daß die Annahme einer strafbaren Teilnahme an unvorsätzlicher Tat in Widerspruch mit dem Wesen der Teil-

---

<sup>88)</sup> vgl. M e z g e r , Strafrecht, Allg.Teil, 7.Aufl.(1957), S.221 und 234: "Infolge der nun maßgebenden limitierten Akzessorietät (§ 50 Abs.1 StGB) wird die Strafbarkeit des Gehilfen dadurch nicht gehindert, daß der Täter ..., dem die Hilfe geleistet wird, ... ohne Schuld ist"

<sup>89)</sup> BGHSt 4,355 ff; 5,47 ff

<sup>90)</sup> BGHSt 4,357; vgl. auch BGHSt 1,282

<sup>91)</sup> für die Anstiftung in BGHSt 4,355 ff und für die Beihilfe in BGHSt 5,47 ff; vgl.dazu M e z g e r a.a.O. S.222

<sup>92)</sup> BGHSt 9,370 ff

nahme stehe 93).

Im Schrifttum tritt besonders M e z g e r für, W e l - z e l 94) gegen die Möglichkeit einer strafbaren Teilnahme an nicht vorsätzlicher Haupttat ein.

M e z g e r ist der Auffassung, daß der Gesetzgeber von 1943 unter "Schuld des anderen" in § 50 Abs.1 StGB, "ohne Rücksicht" auf welche der Beteiligte beurteilt werden solle, auch den Vorsatz verstanden hat und daß es daher dem W i l l e n d e s G e s e t z e s widerspräche, wollte man die Bestrafung des Anstifters und Gehilfen vom Vorsatz des Haupttäters abhängig machen 95).

Dieser Auffassung ist beizutreten. Es wäre unzulässig, den feststehenden juristischen Sprachgebrauch zur Zeit der Entstehung des Gesetzes für die Ermittlung seines Willens außer acht zu lassen 96), denn das käme einer Entscheidung contra legem gleich.

Nicht zuletzt spielen in diesem Zusammenhang kriminalpolitische Erwägungen eine Rolle. Würde man die Bestrafung des Teilnehmers vom Vorsatz des Haupttäters abhängig machen, so entstünden bedenkliche Strafbarkeitslücken 97). Auch wäre es ungerecht, den Teilnehmer, der seinerseits den wahren Sachverhalt erkennt und vorsätzlich handelt, straf- frei ausgehen zu lassen: eine Bestrafung wegen mittelbarer Täterschaft kommt nämlich ohnehin für einen an einer Haupttat Beteiligten, bei dem typische Gehilfen- oder Anstiftereigenschaften zutreffen, nicht in Frage, weil der Anstifter oder Gehilfe nicht Täter und daher auch nicht mittelbarer Täter ist 98) 99).

---

93) BGH a.a.O. S.378

94) Lehrbuch, 6.Aufl. (1958) S.98; weitere Literaturhinweise bei W e l z e l a.a.O. S.98/99

95) a.a.O. S.223

96) vgl. M e z g e r a.a.O. S.223

97) gleicher Ansicht M e z g e r, Teilnahme an unvorsätzlichen Handlungen, JZ 54,312 ff (S.313/14)

98) vgl. M e z g e r, Strafrecht, Allg.Teil, 7.Aufl.(1957),S.227

99) Auf den letzteren Punkt weist auch M e z g e r (JZ 54,313/14) hin, der zu bedenken gibt, daß man - würde man an der

## B) Sozialethische Überlegungen

Nachdem nunmehr nach der hier vertretenen Auffassung die **d o g m a t i s c h e** Richtigkeit der L.v.d.n.T. feststeht, gilt es zu prüfen, ob die von ihr gelieferte Lösung - Vorsatzausschluß bei irriger Annahme von Rechtfertigungsvoraussetzungen - auch den **s o z i a l e t h i s c h e n** Anforderungen gerecht zu werden vermag.

Die Forderung nach Übereinstimmung von Dogmatik und Sozialethik ist ein entscheidender Punkt, weil letzten Endes nicht das Dogmatische, sondern das Sozialethische maßgebend ist <sup>100)</sup> und die Dogmatik im wesentlichen nur die Aufgabe hat, "die sozialethischen Grundsätze im Gesetz sichtbar zu machen <sup>101)</sup>."

Bei dieser Prüfung ist von folgenden Erwägungen auszugehen:

Festzuhalten ist, daß es sich im Falle des Irrtums über **t a t s ä c h l i c h e V o r a u s s e t z u n g e n** eines Rechtfertigungsgrundes um einen sog. **S a c h v e r h a l t s i r r t u m** handelt, d.h. einen Irrtum hinsichtlich der Spezifität der (rechtfertigenden) Situation so, wie der Tatbestand des Rechtfertigungsgrundes sie gemeint hat <sup>102)</sup>. So irrt der über die Notwendigkeit der Verteidigung bei der Notwehr im Irrtum befindliche Täter über eine tatbestandswesentliche Voraussetzung des Tatbestandes der Notwehr. Hier fehlt dem Täter die wesentliche Kenntnis des Sachverhalts, "denn die Kenntnis eines Sachverhalts muß derart beschaffen sein, daß sie die Spezifität

---

Unmöglichkeit einer Teilnahme an unvorsätzlichem Handeln festhalten - zwar vielleicht manche strafwürdige Fälle von "Anstiftung" in mittelbare Täterschaft umdeuten könnte, daß jedoch bei der "Beihilfe" eine solche Umdeutung von vornherein unmöglich wäre und so unbestreitbar strafwürdige Fälle straflos blieben

<sup>100)</sup> vgl. M e z g e r, N.Schr., 19.Sitzung, S.38 ff

<sup>101)</sup> W e l z e l, N.Schr., 19.Sitzung, S.40

<sup>102)</sup> vgl. H a r d w i g, Sachverhaltsirrtum und Pflichtirrtum, Goltd.Arch. 1956, S.368 ff (370)

der Situation so erfaßt, wie ein Tatbestand sie gemeint hat ... Dies gilt sowohl für die Erfassung des Sachverhalts gemäß einem Straftatbestand als auch gemäß einem Gegentatbestand" (d.h. Rechtfertigungstatbestand)<sup>103)</sup>. Den Gegensatz zum Sachverhaltsirrtum bildet der sog. *Bewertungsirrtum*, auch *Verbotsirrtum* genannt. *Hardwig*<sup>104)</sup> hat für diesen letzteren die treffende Bezeichnung "Pflichtirrtum" geprägt. Pflichtirrtum ist nach ihm "nicht ein Irrtum über das Recht schlechthin, sondern über Existenz und Inhalt einer Rechtspflicht<sup>105)</sup>." Das Wort "Pflicht" habe zwei verschiedene Bedeutungen; einmal könne Pflicht bedeuten das Bestehen einer konkreten Pflicht in einem konkreten Fall ("hier und jetzt"), ein anderes Mal das Bestehen einer abstrakten Pflicht ("man soll" ... "man darf nicht"). Unter "Pflichtirrtum" sei nun ausschließlich der Irrtum über eine *abstrakte* Pflicht zu verstehen; alles aber, was nicht Pflichtirrtum sei, sei Sachverhaltsirrtum<sup>106)</sup>. Daraus ergibt sich mit *Hardwig* zwingend, daß ein Sachverhaltsirrtum stets nur ein Irrtum über eine *konkrete* Pflicht, Pflichtirrtum dagegen immer nur ein Irrtum über eine *abstrakte* Pflicht sein kann.

1. Diese Unterscheidung zwischen Sachverhalts- und Pflichtirrtum spielt zunächst im Bereich der Verbotstatbestände<sup>107)</sup> eine bedeutsame Rolle.

Hier ist der Vorwurf für einen Pflichtirrtum - also einen Irrtum über eine abstrakte Pflicht bei Kenntnis des konkreten Sachverhalts - seiner Natur nach ein anderer und zwar schwererer als der für einen Sachverhaltsirrtum, also

---

<sup>103)</sup> *Hardwig* a.a.O. S.370

<sup>104)</sup> a.a.O. S.371

<sup>105)</sup> a.a.O. S.371

<sup>106)</sup> a.a.O. S.372

<sup>107)</sup> bei den Tatumständen der "gesetzlichen Tatbestände" im Sinne des § 59 StGB, vgl. *Hardwig* a.a.O. S.378

den Irrtum über eine konkrete Pflicht. H a r d w i g <sup>108)</sup> schreibt: "Die abstrakten Pflichten nicht zu kennen, wirft auf jemand ein anderes Licht, als wenn er nur einen Sachverhalt nicht kennt. Seine Einstellung zur Rechtsgemeinschaft erscheint prinzipiell negativer, wenn er nachlässig und gleichgültig gegenüber seinen Pflichten ist oder wenn gar seine Unkenntnis auf eine rechtsfeindliche Gesinnung zurückzuführen ist, als wenn er einen Sachverhalt nicht erkennt."

Genau dasselbe meint der Bundesgerichtshof, wenn er betont, <sup>109)</sup> daß der im Irrtum über den wahren Sachverhalt handelnde Täter an sich rechtstreu sei, die Rechtsgebote befolgen wolle und dieses Ziel nur wegen seines Irrtums über die Sachlage verfehle, aus der sein Handeln erwachse. "Dieser Irrtum hindert ihn in der Regel, die Gefahr eines Rechtsverstosses überhaupt zu erkennen <sup>110)</sup>." Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Irrtum aus einem rein äusseren Nichtkennen resultiert oder ob er bedingt war durch ein Nichtkennen oder Verkennen von Rechtsbeziehungen oder Rechtsverhältnissen, wie z.B. der bürgerlich-rechtlichen Eigentumsvorschriften oder ob er zurückzuführen ist auf eine falsche Auslegung strafrechtlicher Begriffsbestimmungen, sofern es sich nur nicht um Existenz und Inhalt einer Pflicht handelt, weil dann ein Pflichtirrtum in Betracht kommt <sup>111)</sup>.

Ganz anders verhält es sich hingegen im Falle des Verbotsirrtums, wo der Täter weiß, was er tut, aber irrig annimmt, daß es erlaubt sei <sup>112)</sup>. Hier irrt der Täter über eine abstrakte Pflicht, während er seine konkreten Pflichten - den Sachverhalt - richtig erkennt und beurteilt.

Die festgestellte Kenntnis des tatbestandswesentlichen Sach-

---

<sup>108)</sup> a.a.O. S.372

<sup>109)</sup> BGHSt 3,105,107

<sup>110)</sup> BGH a.a.O.

<sup>111)</sup> vgl. H a r d w i g a.a.O. S.372

<sup>112)</sup> vgl. BGHSt 2,197

verhalts (der Tatumstände des gesetzlichen Straftatbestandes) gibt nun dem Täter eine "A n r e g u n g , Rechtmäßigkeit bzw. Unrechtmäßigkeit seines Verhaltens zu überprüfen oder Erkundigungen darüber anzustellen <sup>113)</sup>." Wo dagegen dem Täter das Vorliegen des tatbestandswesentlichen Sachverhalts aus irgend einem Grund verborgen bleibt, fehlt jene Anregung zur Nachprüfung <sup>114)</sup>, weil in diesem Fall die Frage nach der Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit des Handelns gar nicht auftauchen kann und der Täter sich der Gefahr des Rechtsverstoßes überhaupt nicht bewußt ist.

Dieser in der Natur der Sache liegende (sachliche) Unterschied zwischen Sachverhalts- und Pflichtirrtum (Verbotsirrtum) bei den Verbotstatbeständen rechtfertigt ihre unterschiedliche Behandlung dergestalt, daß jener den Tatbestandsvorsatz ausschließt, dieser aber nicht und bei Unvermeidbarkeit des Irrtums nur die Schuld entfallen läßt. Die differenzierende Behandlung kommt im sog. K e n n t n i s - bzw. V o r w e r f b a r k e i t s p r i n z i p zum Ausdruck: Auf dem Gebiete der Sachverhaltsvorstellung - zunächst beschränkt auf die Tatumstände des gesetzlichen Tatbestandes nach § 59 StGB - darf es nicht wie beim Wertungsirrtum (Pflichtirrtum) auf den Standpunkt der Allgemeinheit, sondern allein auf die Kenntnis des Täters ankommen <sup>115)</sup>.

2. Die Kardinalfrage ist nun die, ob diese bei den Verbotsstatbeständen angezeigte unterschiedliche Behandlung von

---

<sup>113)</sup> E n g i s c h , ZStW 70, 576

<sup>114)</sup> vgl. E n g i s c h a.a.O.

<sup>115)</sup> vgl. M e z g e r , N.Schr., 19.Sitzung S.38 ff; ähnlich L a n g e , N.Schr., 14.Sitzung S.38, 86: "Entscheidend ist, ob ein mangelhaftes Erkennen der Lebenssituation, in der der Täter handelt, oder eine sozialetische Falscheinstellung oder Falschbewertung vorliegt"; vgl. zum ganzen auch E n g i s c h a.a.O. S.599

tatbestandswesentlichem Sachverhalts- und Pflichtirrtum (von Tatbestands- und Verbotsirrtum) auch auf dem Gebiete der R e c h t f e r t i g u n g s g r ü n d e durchgeführt werden soll.

Dabei kommt es nicht so sehr auf dogmatische als auf sozialetische Erwägungen an. Es spielt also keine entscheidende Rolle, "ob man die Tatbestandsmerkmale, die einen Rechtfertigungsgrund bestimmen, mit dem Verbotstatbestand in unmittelbare Verbindung bringt", m.a.W. ob man die L.v.d.n.T. gutheißen will oder nicht. "Denn das eigentliche Problem ist nur dies, ob es angesichts des Vorhandenseins von Rechtfertigungstatbeständen angezeigt ist, zwischen Tatbestandsirrtum und Rechtmäßigkeitsirrtum einen Unterschied zu machen, der parallel läuft dem Unterschied zwischen Tatbestandsirrtum und Irrtum über die Rechtswidrigkeit bei den Verbotstatbeständen <sup>116)</sup> ..."

Ausgehen ist davon, daß sicherlich auch bei den Rechtfertigungsgründen der Irrtum des Täters sich auf eine konkrete oder eine abstrakte Pflicht erstrecken kann, daß also auch in diesem Bereich Sachverhalts- und Pflichtirrtümer möglich sind. Dabei handelt es sich unbestreitbar - wie bereits zu Anfang hervorgehoben - im Falle des Irrtums über tatsächliche Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes um einen Sachverhaltsirrtum, wie ja auch § 19 des Entwurfs 1958 erkennen läßt. Wer bei der Notwehr über die Erforderlichkeit der Verteidigung oder über die Rechtswidrigkeit des Angriffs irrt, der befindet sich nicht im Irrtum über eine abstrakte Pflicht, wenn er sich verteidigt; denn der Handelnde weiß, daß grundsätzlich nur eine durch die Erforderlichkeit der Selbstverteidigung gebotene Tat bzw. eine Verteidigung gegen einen rechtswidrigen Angriff durch Notwehr gerechtfertigt ist <sup>117)</sup>.

---

<sup>116)</sup> so E n g i s c h a.a.O. S.588

<sup>117)</sup> vgl. H a r d w i g a.a.O. S.375; J e s c h e c k , N.Schr., 14.Sitzung, S.93; E n g i s c h , Untersuchungen S.254

Es liegt somit kein Bewertungsirrtum über die Rechtmäßigkeit der Notwehr als solcher vor<sup>118)</sup>. Dagegen irrt der Täter wie bei jedem Sachverhaltsirrtum über eine konkrete Pflicht, hätte er doch in der konkreten Situation ("hier und jetzt") nicht so handeln dürfen, weil objektiv gesehen eine Notwehrlage nicht oder nicht in diesem Umfang gegeben war. Auch hier ist der Täter "an sich rechtstreu", hält sich - wenigstens dem Grundsatz nach - an die Rechtsgebote und -verbote und verfehlt nur in dem einen individuellen Fall sein Ziel wegen seines Irrtums über die Sachlage<sup>119)</sup>.

Eine völlig andere Situation liegt dagegen vor, wenn jemand einen von der Rechtsordnung nicht anerkannten Rechtfertigungsgrund irrig für sich in Anspruch nimmt, so wenn beispielsweise jemand glaubt, grundsätzlich einen Beleidiger körperlich züchtigen zu dürfen. Hier irrt der Täter über eine abstrakte Pflicht, also über die Existenz und den Inhalt einer Pflicht im allgemeinen, nicht dagegen über den konkreten Sachverhalt. Mit E n g i s c h<sup>120)</sup> kann man sagen, daß in diesem Fall ein Bewertungsirrtum über die Rechtmäßigkeit der Handlung als solcher vorliegt. Hier ist der Irrtum über die Rechtswidrigkeit ein unmittelbarer, bedingt durch die Unkenntnis der - "abstrakten" - Rechtslage, während im Falle des Irrtums über normative Tatbestandsmerkmale eines vom Recht anerkannten Rechtfertigungsgrundes der Irrtum ein mittelbarer ist, hervorgerufen durch die Unkenntnis der konkreten Sachlage<sup>121)</sup>.

Aus dem angeführten Beispielspaar erhellt, daß der Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes niemals ein Pflichtirrtum (Verbotsirrtum) sein kann, denn letzterer bezieht sich immer nur auf eine abstrakte Pflicht<sup>122)</sup>. Damit ist der theoretische Beweis erbracht,

---

118) vgl. E n g i s c h , ZStW 70, 584

119) vgl. BGHSt 3, 105, 107

120) a.a.O. S. 584

121) so auch D r e h e r , N.Schr., 14. Sitzung S. 59

122) vgl. H a r d w i g a.a.O. S. 375

daß der Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes stets nur ein Sachverhaltsirrtum sein kann, wobei es auch hier unerheblich ist, ob sich der Irrtum auf rein äussere Gegebenheiten bezieht, oder ob er bedingt war durch ein Nichtkennen oder Verkennen von Rechtsbeziehungen oder Rechtsverhältnissen, vorausgesetzt natürlich, daß es sich nicht um Existenz und Inhalt einer Pflicht handelt <sup>123)</sup>. Mit der Unterscheidung zwischen Sachverhalts- und Pflichtirrtum auf dem Gebiete der Rechtfertigungsgründe lebt somit auch nicht die überwundene Differenzierung von bloßen Tatsachen- und Rechtsirrtümern wieder auf, wie *Engisch* <sup>124)</sup> zu Recht betont <sup>125)</sup>.

Nun könnte man allerdings auf den Gedanken kommen, aus praktischen Gründen den tatbestandswesentlichen Sachverhaltsirrtum bei den Rechtfertigungsgründen "wie" einen Pflicht- (Verbots-) irrtum zu behandeln. Naheliegend könnte dies deshalb sein, weil "der Sachverhaltsirrtum über Tatumstände des gesetzlichen Tatbestandes und der Sachverhaltsirrtum über Tatumstände eines Gegenteilbestandes" sich darin unterscheiden, daß bei jenem der Täter nicht weiß, "daß er in eine fremde Rechtssphäre oder in fremde Rechtsgüter eingreift", während er es bei diesem sehr wohl weiß. "Man könnte ... daran denken, in solchen Fällen dem Täter das Risiko für den Eingriff aufzuerlegen", was dadurch geschehen könnte, "daß man dem Täter eine Prüfungspflicht auferlegt <sup>126)</sup>."

Diese von *Hardwig* aufgezeigten möglichen Konsequenzen erweisen sich jedoch bei näherem Hinsehen als

---

<sup>123)</sup> *Hardwig* a.a.O. S.372

<sup>124)</sup> a.a.O. S.584

<sup>125)</sup> Darauf weist auch *v. Weber*, *Mezger-Festschrift* S.191 hin. *V. Weber* führt aus, daß auch bei den Rechtfertigungsgründen zwischen den Rechtfertigungsmerkmalen und der Bewertung unterschieden werden müsse, wobei jene (Rechtfertigungsmerkmale) nicht nur Tatsachen, sondern auch Rechtsbeziehungen und -verhältnisse seien (z.B. rechtswidriger Angriff in § 53 StGB)

<sup>126)</sup> *Hardwig* a.a.O. S.378

unhaltbar.

Da Sachverhaltsirrtum und Pflichtirrtum auch bei den Rechtfertigungsgründen sachliche Unterschiede aufweisen, ist eine unterschiedliche Behandlung dergestalt, daß jener den Vorsatz ausschließt, dieser aber nicht, gerechtfertigt. Es wäre absurd, den Sachverhaltsirrtum "wie" einen Pflichtirrtum zu behandeln, wenn er material gesehen gar keiner ist! Dieser materialen Verschiedenartigkeit muß bei der praktischen Behandlung Rechnung getragen werden; die Rechtsfolgen dürfen in den beiden Irrtumsfällen nicht dieselben sein.

Der Irrtum über einen rechtfertigenden Sachverhalt steht dem Sachverhaltsirrtum über Tatbestände des gesetzlichen Tatbestandes nach § 59 StGB innerlich näher als dem Pflichtirrtum und zwar eben im entscheidenden Punkt deshalb, weil sich die beiden ersteren Irrtümer primär auf den Sachverhalt, der zur Bewertung steht, und erst sekundär auf die Bewertung dieses Sachverhalts beziehen, während der letztere sich lediglich auf die Bewertung erstreckt bei voller Kenntnis des zugrundeliegenden Sachverhalts <sup>127)</sup>.

Der über den rechtfertigenden Sachverhalt irrende Täter nimmt generell zu Recht einen Rechtfertigungs- (Gegen-) tatbestand für sich in Anspruch. Er geht grundsätzlich konform mit den Gedanken der Rechtsordnung und greift in einen fremden Rechtskreis nur wegen eines Irrtums über die konkrete Sachlage ein. Er "weiß nicht, was wirklich vorliegt und was er in Wahrheit tut. Er kennt nicht die Umstände, die das Verbot seiner Handlung zur Folge haben, er ist sich des sozialen Bedeutungsgehalts seiner Tat nicht bewußt. Was er sich vorstellt zu tun, steht im Einklang mit der Rechtsordnung <sup>128)</sup>."

Wer über Merkmale eines Rechtfertigungstatbestandes irrt, von dem kann nicht behauptet werden, daß er einen "bösen Vorsatz" habe. Letzten Endes fordern es Gerechtigkeitsmo-

---

127) vgl. D r e h e r , N.Schr., 14.Sitzung, S.59

128) Arthur K a u f m a n n , JZ 54,658

mente und die s e e l i s c h e S i t u a t i o n , in der ein über tatsächliche Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes irrender Mensch sich befindet, einem solchen Irrtum vorsatzausschließende Wirkung beizumessen <sup>129)</sup>. Als Ergebnis ist somit festzuhalten, daß von der sozial-ethischen Situation her gesehen der Sachverhaltsirrtum über Tatumsstände eines Rechtfertigungstatbestandes dem tatbestandswesentlichen Sachverhaltsirrtum nach § 59 StGB gleichzustellen ist und wie dieser den Tatbestandsvorsatz ausschließt.

C) Die Folgerungen für § 19 d.E.

Wenn § 19 d.E. vorsieht, daß derjenige, der bei Begehung der Tat irrig einen rechtfertigenden Sachverhalt annimmt, nicht wegen vorsätzlicher Begehung "bestraft" wird, so ist diese Bestimmung nicht ganz exakt; denn der Täter ist nach der hier vertretenen Auffassung nicht nur "wie" ein unvorsätzlicher Täter zu behandeln, sondern "als" ein solcher. M.a.W.: Der über einen rechtfertigenden Sachverhalt irrende Täter handelt nicht vorsätzlich. Das müßte im Wortlaut des § 19 deutlich zum Ausdruck gebracht werden. Der Fassungs-vorschlag für die allgemeine Irrtumsvorschrift des § 19 über Rechtfertigungsgründe lautet demgemäß:

"Wer bei Begehung der Tat irrig einen Sachverhalt annimmt, der die Tat rechtfertigen würde, handelt nicht vorsätzlich. Die Strafbarkeit wegen fahrlässiger Begehung bleibt unberührt." <sup>130)</sup>

---

<sup>129)</sup> so auch E n g i s c h , ZStW 70,599, der den Gehalt des § 19 des Entwurfs 1958 "aus der Natur der seelischen Situation" ableitet, "in der sich ein Mensch befindet, der die Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes für gegeben hält"

<sup>130)</sup> Diese Grundsätze haben natürlich nur zu gelten für den Sachverhaltsirrtum nach § 19 d.E. Der Bewertungsirrtum dagegen hat nur Platz im Rahmen der Regeln über den Verbotsirrtum (§ 20 d.E.), vgl. Begr. zu § 19, S.25: "§ 19 ist hingegen nicht anzuwenden, wenn der Täter irrig glaubt, daß Umstände, die gegeben sind oder die er sich vorstellt, einen Rechtfertigungs- oder Entschuldigungs-

## II. Der Irrtum über Entschuldigungsgründe (§ 19 d.E.)

Auch diesem Irrtum mißt der Entwurf in § 19 die Wirkung bei, daß er eine Bestrafung wegen vorsätzlicher Tatbegehung ausschließt. Die Regelung ist vor allem aus kriminalpolitischen Erwägungen erfolgt <sup>131)</sup>.

Die Situation ist im Falle des Irrtums über Entschuldigungsgründe eine vollkommen andere als im Falle des Irrtums über Rechtfertigungsgründe. Das betont im wesentlichen auch M e z g e r <sup>132)</sup>: "Wenn ich gleiche Konsequenzen für die schuldausschließenden Momente ziehe, so ist das eine Weiterführung des sachlichen Gedankens; mit der Theorie der negativen Tatumstände kann das nicht ohne weiteres gerechtfertigt werden."

Die Situation ist deshalb eine von den putativen Rechtfertigungsgründen verschiedene, weil der über einen Schuld-ausschließungsgrund irrende Täter weder über den Tatbestand noch über die Rechtswidrigkeit irrt, sondern "lediglich über die Voraussetzungen, die seine Schuld ausschließen würden <sup>133)</sup>." Aus diesem Grund kann die L.v.d.n.T. nicht zum Ziele führen, denn diese setzt, soll von Vorsatzausschluß die Rede sein, voraus, daß der Täter über den Unrechtstatbestand irrt. Ein derartiger Irrtum ist aber nicht möglich, da der Unrechtstatbestand selbst dann gegeben ist, wenn dem Täter der Schuld-ausschließungsgrund objektiv zur Seite steht; denn die Voraussetzungen eines Entschuldigungsgrundes liegen außerhalb des Unrechtstatbestandes <sup>134)</sup>.

---

grund bilden, während das nach der Rechtsordnung in Wirklichkeit nicht der Fall ist. Ein solcher Irrtum ist, wenn der Täter ihm zufolge seine Handlung für erlaubt hält, nach § 20 zu beurteilen"

131) vgl. 3.Kapitel S.47

132) N.Schr., 14.Sitzung, S.46

133) so D r e h e r , N.Schr., 14.Sitzung, S.59

134) vgl. W e l z e l , N.Schr., 14.Sitzung, S.22 ff: "Die tatsächlichen Voraussetzungen eines Entschuldigungsgrundes schließen ganz sicher nicht den Tatbestand eines Deliktes aus"

Deshalb muß es als ein Fehler des Entwurfs angesehen werden, daß er den Irrtum über einen entschuldigenden Sachverhalt genauso behandelt wie den über einen rechtfertigenden <sup>135)</sup>. Arthur Kaufmann ist der Ansicht, daß es - da es bei den Entschuldigungsgründen auf die psychische Zwangssituation ankomme - ohne Bedeutung sei, "ob die Notlage objektiv vorhanden ist oder bloß eingebildet wird." <sup>136)</sup> Nach ihm handelt es sich beim Irrtum über Entschuldigungsgründe um ein Zumutbarkeits- und nicht um ein Irrtumsproblem <sup>137)</sup>, so daß nach seiner Auffassung hier auch die Verbotsirrtumsregeln nicht passen <sup>138)</sup>. Dazu ist folgendes zu sagen: Streng genommen handelt es sich bei den putativen Entschuldigungsgründen nicht um Verbotsirrtümer, "denn auch der irrende Täter weiß, daß sein Tun von der Norm nicht erlaubt ist <sup>139)</sup>." Man wird aber trotzdem mit Maurach <sup>140)</sup> und Welzel <sup>141)</sup> die Erstreckung der Regeln des Verbotsirrtums auch auf derartige Irrtumsfälle als richtig ansehen müssen, "da ein Irrtum über den Bestand der Norm einem solchen über ihre determinierende Kraft inhaltlich gleichsteht <sup>142)</sup>." Das bedeutet, daß ein unvermeidbarer (unverschuldeter) Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen eines Entschuldigungsgrundes die Schuld des Täters entfallen, ein ver-

---

135) so auch Arthur Kaufmann, JZ 56, 353

136) a.a.O. S.353; ebenso: Engisch, ZStW 70, 589, Anm. 50; Liszt-Schmidt, 26.Aufl. (1932), § 42 VI; Nowakowski, ZStW 65, 386; Lange, N.Schr., 14.Sitzung, S.86 ff; Eberhard Schmidt, N.Schr., 19.Sitzung, S.5/6, 34; vgl. im übrigen 2.Kapitel S.40/41

137) Gleicher Ansicht Lange a.a.O. und Eberhard Schmidt a.a.O.

138) A.A. Welzel, ZStW 67, 222 ff und N.Schr., 14.Sitzung, S.22 ff

139) Maurach, Lehrbuch (1958) S.382/83

140) a.a.O. S.382/83

141) a.a.O.

142) Maurach a.a.O.

meidbarer (verschuldeter) Irrtum dagegen das Gesamtbild einer Vorsatztat bestehen läßt, aber die Möglichkeit begründet, wegen verminderter Schuld Strafmilderung eintreten zu lassen <sup>143)</sup>.

Dieses Ergebnis ist von der sozialetischen Situation her gesehen gerechtfertigt.

Zweifellos handelt es sich zwar im Falle des Irrtums über tatsächliche Voraussetzungen eines Entschuldigungsgrundes (über den Tatbestand des Entschuldigungsgrundes) um einen Sachverhaltsirrtum, also einen Irrtum über eine konkrete Pflicht <sup>144)</sup>. Ähnlich wie beim Irrtum über tatsächliche Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes ist der Täter auch im Bereich der Entschuldigungsgründe "an sich rechts-treu", wenn auch vielleicht nicht in dem Maße wie bei den Rechtfertigungsgründen: er weiß, daß grundsätzlich nur dann eine - tatbestandsmäßige und rechtswidrige - Handlung entschuldigt ist, wenn die Voraussetzungen eines Entschuldigungsgrundes gegeben sind. Der Verstoß gegen die Rechtsordnung resultiert aus einem Irrtum über die konkrete Sachlage.

Trotzdem erscheint es jedoch aus praktischen Gründen geboten, dem über tatsächliche Voraussetzungen eines Entschuldigungsgrundes irrenden Täter das Risiko für den rechtswidrigen Eingriff in einen fremden Rechtskreis oder in fremde Rechtsgüter aufzuerlegen, was dadurch geschehen kann, daß man einen derartigen Irrtum "wie" einen Verbotsirrtum behandelt (obwohl er in Wahrheit gar keiner ist). Der Grund hierfür liegt darin, daß der über einen entschuldigenden Sachverhalt irrende Täter die Hauptbestandteile der Straftat, nämlich Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit, kennt und sich lediglich hinsichtlich der Schuld in Unkenntnis befindet. Man kann die Umstände eines Entschul-

---

<sup>143)</sup> vgl. M a u r a c h a.a.O. S.375

<sup>144)</sup> Mit H a r d w i g (Goltd.Arch.1956,368 ff (370) ) kann man von einem Irrtum hinsichtlich der Spezifität der (entschuldigenden) Situation so, wie der Tatbestand des Entschuldigungsgrundes sie gemeint hat, sprechen

digungstatbestandes nicht mit den Tatumständen des gesetzlichen Tatbestandes in Verbindung bringen.

Der Fassungs-vorschlag für die Irrtumsvorschrift über die tatsächlichen Voraussetzungen eines Entschuldigungsgrundes lautet demgemäß (in Anlehnung an die Vorschrift des § 20 d.E. über den Verbotsirrtum):

"Wer bei der Begehung der Tat irrig einen Sachverhalt annimmt, der die Tat entschuldigen würde, ist ohne Schuld, wenn der Irrtum ihm nicht vorzuwerfen ist. Ist ihm der Irrtum vorzuwerfen, so kann die Strafe nach § 65 Abs.1 gemildert werden."

Da eine derartige Bestimmung im Widerspruch zu § 19 d.E. steht, müßte eine selbständige Irrtumsvorschrift über Entschuldigungsgründe eingeführt werden, die etwa in einem zweiten Absatz zu § 19 untergebracht werden könnte <sup>145)</sup>.

#### Zweiter Abschnitt. Kritische Stellungnahme zu der Sondervorschrift des § 40 d.E. über den Notstandsirrtum

Erst jetzt, nachdem die allgemeine Irrtumsvorschrift des § 19 d.E. über Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe untersucht ist, kann die Prüfung der Frage erfolgen, ob die spezielle Irrtumsvorschrift des § 40 d.E. über den rechtfertigenden oder entschuldigenden Notstand richtig ist.

#### I. Der Irrtum über den rechtfertigenden Notstand

##### A) Gründe, die eine Sonderregelung des Irrtums über den rechtfertigenden Notstand nach den Grundsätzen über den Verbotsirrtum verbieten

Im dritten Kapitel wurde herausgestellt, daß § 40 d.E. den Irrtum über den rechtfertigenden Notstand nach den

---

<sup>145)</sup> Diese Grundsätze gelten primär nur für den Sachverhaltsirrtum, während der Bewertungsirrtum, d.h. der Irrtum über die Rechtswidrigkeit infolge des Irrtums über den Entschuldigungstatbestand, unmittelbar in § 20 d.E. aufgeht, vgl.S.81,Anm.130 dieser Arbeit. Allerdings sind nach der hier vertretenen Auffassung die Rechtsfolgen in beiden Irrtumsfällen dieselben.

Regeln des Verbotsirrtums behandelt: also Schuldlosigkeit bei unvermeidbarem <sup>146)</sup>, Schuld bei vermeidbarem Irrtum mit der Möglichkeit der Strafmilderung (§ 40 Abs. 1 Satz 2 d.E.).

Diese von der allgemeinen Irrtumsvorschrift des § 19 über Rechtfertigungsgründe abweichende Sonderregelung des § 40 kann nach den bisherigen Ausführungen nur dann richtig sein, wenn sich der rechtfertigende Notstand von anderen Rechtfertigungsgründen sachlich unterscheidet. Der Entwurf begründet die Sonderbehandlung des Notstandsirrtums folgendermaßen <sup>147)</sup>: Der Notstand sei im Gegensatz zu anderen Rechtfertigungs- (oder Entschuldigungs-) Gründen dadurch gekennzeichnet, daß der Handelnde, ohne selbst rechtswidrig angegriffen zu sein, zum Schutz eines bedrohten Rechtsgutes ein anderes verletze. Das sei eine Lage, in der grundsätzlich ohne nähere Prüfung des Sachverhalts nicht gehandelt werden dürfe. Im Unterschied z.B. zur Putativnotwehr, wo der Täter sich einem gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff von bestimmter Schwere gegenüber zu befinden glaube und der Irrtum sich auf die Angriffssituation beziehe, erstrecke sich beim Putativnotstand der Irrtum auf die Güterkollisionssituation. Ist dies ein sachlicher Unterschied, der eine von § 19 d.E. abweichende Regelung des Irrtums über den rechtfertigenden Notstand nach den Grundsätzen über den Verbotsirrtum rechtfertigt?

Die Frage muß aus folgenden Gründen verneint werden:

1. Der Auffassung des Entwurfs kann zunächst entgegengehalten werden, daß es neben dem Notstand auch andere Rechtfertigungsgründe gibt, bei denen ein gegenwärtiger, rechtswidriger Angriff im Sinne des § 53 StGB gegen den Handelnden

---

146) wenn der Täter "die Sachlage sorgfältig geprüft und die widerstreitenden Interessen gewissenhaft abgewogen hat" oder wenn ihm eine derartige Prüfung und Abwägung "nach den Umständen nicht zuzumuten war"

147) vgl. 3.Kapitel S. 48 und 49

nicht vorzuliegen braucht und der Handelnde trotzdem aggressiv tätig wird, um überwiegende Interessen zu schützen. So liegt es z.B. bei der Ausübung staatlicher Zwangsgewalt <sup>148)</sup>. Mit dieser Begründung grenzt also der Entwurf den rechtfertigenden Notstand nur gegen die Notwehr ab <sup>149)</sup>, nicht aber gegen andere Rechtfertigungsgründe. Die mutmaßliche Einwilligung müßte, da sie Verwandtschaft mit dem Notstand aufweist <sup>150)</sup>, nach den Grundsätzen des § 40 behandelt werden, worauf *Engisch* <sup>151)</sup> hinweist. Umgekehrt müßte im Falle des Putativnotstands nach § 228 BGB die Regelung des § 19 d.E. zum Zug kommen, da der Sachnotstand nach § 228 BGB eng mit der Notwehr nach § 227 BGB verwandt ist <sup>152)</sup>.

## 2. Wichtiger sind jedoch folgende Überlegungen:

Bei der Frage, ob im Falle des Irrtums über tatsächliche Voraussetzungen des rechtfertigenden Notstands der Tatbestandsvorsatz ausgeschlossen ist oder nicht, kommt es wie bei anderen Rechtfertigungsgründen darauf an, ob das objektive Vorliegen des Notstands den Tatbestand des betreffenden Deliktes ausschließt; denn der Umfang des Vorsatzes hängt vom Tatbestand ab <sup>153)</sup>.

Somit handelt es sich auch im Bereich des rechtfertigenden Notstands bei der Frage nach dem Vorsatzausschluß wegen des Irrtums über seine tatsächlichen Voraussetzungen um ein Tatbestandsproblem; und genauso wie bei den sonstigen Rechtfertigungsgründen muß im Sinne der L.v.d.n.T. zwischen Garantietatbestand (dem Deliktstypus) und Unrechtstatbestand unterschieden werden. So erfüllt der Arzt im Falle der Schwangerschaftsunterbrechung aus medizinischer Indikation den Garantietatbestand des § 218 StGB; denn es läßt sich nicht leugnen, daß er die objektiven Tatbestandsmerkmale des § 218

---

<sup>148)</sup> vgl. *Engisch*, ZStW 70, 608

<sup>149)</sup> *Engisch* a.a.O.

<sup>150)</sup> vgl. *Lackner*, ZStW 67, 595 unten; *Jescheck*, N.Schr., 14. Sitzung, S. 93

<sup>151)</sup> a.a.O.

<sup>152)</sup> *Engisch* a.a.O.

<sup>153)</sup> *Arthur Kaufmann*, JZ 54, 658

("Abtötung der Leibesfrucht einer Schwangeren") mit Wissen und Wollen verwirklicht. Er weiß also, daß er in ein fremdes Rechtsgut eingreift <sup>154)</sup>. Aber der Arzt erfüllt nicht den Unrechtstatbestand der Abtreibung, da der gewohnheitsrechtlich anerkannte Rechtfertigungsgrund des "übergesetzlichen" Notstands das Unrecht der Abtreibung beseitigt.

Nun gibt es aber innerhalb der Rechtfertigungsgründe keine solchen mit stärkerer oder schwächerer Wirkung. Ist einmal eine Situation vom Recht als Unrechtsausschließungsgrund anerkannt worden, so hat sie dieselbe Wirkung wie andere unrechtsausschließende Situationen. Es gibt also "keine Rechtfertigungsgründe verschiedenen Grades und damit keine verschiedenen Stufen der Rechtmäßigkeit <sup>155)</sup>." Somit kann die Wirkung des rechtfertigenden Notstands nur die sein, daß er - wie die übrigen Unrechtsausschließungsgründe - den Unrechtstatbestand der Handlung ausschließt. Daraus folgt zwingend, daß der Irrtum über die objektiven Voraussetzungen des rechtfertigenden Notstands ein Tatbestandsirrtum ist, der die Vorsätzlichkeit des Tuns beseitigt <sup>156)</sup>.

Wie bei jedem Tatbestandsirrtum kann sich dabei der Irrtum auf deskriptive und normative Tatbestandsmerkmale beziehen. Der Schwerpunkt wird nun gerade beim Notstand auf dem Gebiet des Normativen liegen, wie die Wendung "von wesentlich höherem Wert" in § 39 d.E. deutlich erkennen läßt. Die Frage ist die, ob es angesichts dieser normativen Elemente des Notstands überhaupt möglich ist, zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum klar zu unterscheiden. Dies mag im Einzelfall schwierig sein, darf jedoch nicht davon abhalten, dem Grundsatz nach auch beim rechtfertigenden Notstand eine Trennung der beiden Irrtumsarten vorzunehmen. M.a.W.: Auch beim "übergesetzlichen" Notstand ist es möglich, "die Fälle irriger Annahme eines rechtfertigenden Notstandssachverhalts leidlich genau" abzugrenzen "von den Fällen, in denen der Täter eigen-

---

154) vgl. H a r d w i g , Goldt.Arch.1956,378

155) M a u r a c h , Deutsches Strafrecht (1958) S.237; vgl. auch S.240/41: "Zunächst verleiht jeder Rechtfertigungsgrund dem Handelnden ein echtes Notrecht

156) Gleicher Ansicht E n g i s c h , ZStW 70,609

willig einen rechtfertigenden Notstand für sich beansprucht, indem er irgendwelche von ihm wahrgenommenen Interessen unter Umkehrung der wahren Rangordnung der Werte über fremde Interessen stellen zu dürfen glaubt <sup>157)</sup>."

3. Auch ohne Zuhilfenahme der L.v.d.n.T. erscheint die Sonderbehandlung des "übergesetzlichen" Putativnotstands in § 40 d.E. nach den Verbotsirrtumsregeln aus sozialetischen und psychologischen Gründen ungerechtfertigt.

Man muß sich nur vergegenwärtigen, daß der Irrtum über tatsächliche Voraussetzungen des rechtfertigenden Notstands ein **S a c h v e r h a l t s i r r t u m** ist, d.h. ein Irrtum über eine konkrete Pflicht in einem konkreten Fall <sup>158) 159)</sup>. Der Arzt, der eine Schwangerschaftsunterbrechung vornimmt in der irrigen Annahme, das Leben der Mutter sei bei Fortbestehen der Schwangerschaft gefährdet, weiß, daß grundsätzlich nur ein medizinisch indizierter Eingriff erlaubt ist. Daß er aber die - in diesem Fall nicht gerechtfertigte - interruptio vornimmt, resultiert aus einem Irrtum über die konkrete Sachlage. Wer aber lediglich über eine konkrete Pflicht irrt, verdient eine andere (bessere) Behandlung als der, welcher den Sachverhalt klar erkennt, diesen aber falsch bewertet, d.h. einem Irrtum über eine abstrakte Pflicht erliegt <sup>160)</sup>.

---

157) E n g i s c h a.a.O. S.605

158) Den Gegensatz zum Sachverhaltsirrtum bildet der Wertungsirrtum, der dann vorliegt, wenn der Täter irrig glaubt, "daß wirklich gegebene oder von ihm vorgestellte Umstände als Notstand anzusehen seien, obwohl, selbst wenn sie gegeben wären, die Voraussetzungen des § 39 Abs.1 fehlten" (Begr. zu § 40 d.E., S.47/48)

159) Bezüglich des entscheidenden Unterschiedes zwischen Sachverhalts- und Bewertungs- (Pflicht-) irrtum wird auf die Ausführungen über die putativen Rechtfertigungsgründe im allgemeinen (S.73 ff dieser Arbeit), die naturgemäß auch für den speziellen Rechtfertigungsgrund des rechtfertigenden Notstands gelten, verwiesen

160) vgl. L a n g e , N.Schr., 14. Sitzung, S.38,86: "Entscheidend ist, ob ein mangelhaftes Erkennen der Lebenssituation, in der der Täter handelt, oder eine sozialetische Falscheinstellung oder Falschbewertung vorliegt"

Es wäre ungerecht, den über den rechtfertigenden Sachverhalt irrenden Täter wegen vorsätzlicher Tatbegehung zu bestrafen: der Arzt, der fälschlich eine Lebensgefahr der Mutter bei Fortbestehen der Schwangerschaft annimmt und daher die Frucht beseitigt, weiß nicht, "was wirklich vorliegt und was er in Wahrheit tut... Was er sich vorstellt zu tun, steht im Einklang mit der Rechtsordnung <sup>161)</sup>." Letztlich muß der psychologischen Situation Rechnung getragen werden, in der sich ein Mensch befindet, der die Voraussetzungen des rechtfertigenden Notstands für gegeben hält <sup>162)</sup>. Man kann auch nicht damit operieren, daß man sagt, der über den Notstandssachverhalt irrende Täter verletze fremde Interessen und sei sich dessen auch bewußt <sup>163)</sup>, so daß es gerecht erscheine, ihm das Risiko für den Eingriff aufzuerlegen <sup>164)</sup>.

Diesem Einwand kann man nämlich entgegenhalten, daß im Falle des rechtfertigenden Notstands der Täter im Endergebnis gerade keine fremden Interessen verletzt; denn er schützt ja überwiegende Belange, indem er in sozialem Interesse weniger schutzwürdige schutzwürdigeren Gütern aufopfert <sup>165)</sup>. So opfert bei der medizinisch ungezeigten Schwangerschaftsunterbrechung der Arzt das werdende Leben der Leibesfrucht, um das fertige Leben der Mutter zu retten. Im Ergebnis begeht er keine Interessenverletzung, weil das Leben der Mutter vom Recht höher bewertet wird als das der Frucht. Irrt nun der Arzt auf Grund oberflächlicher Diagnose über die tatsächlichen Voraussetzungen der vom Recht erlaubten Schwangerschaftsunterbrechung, so ist sein Wille "nicht auf Abtreibung, sondern auf Rettung der Mutter gerichtet <sup>166)</sup>." Somit kann also von beabsichtigter Interessenverletzung im

---

161) Arthur Kaufmann, JZ 54,658

162) vgl. Engisch, ZStW 70,599

163) vgl. Engisch, a.a.O. S.593

164) was am besten durch die Einführung einer Prüfungspflicht geschehe (Hardwig a.a.O. S.378)

165) vgl. Maurach, Deutsches Strafrecht (1958) S.255

166) Arthur Kaufmann, JZ 54,658

Falle des Irrtums des Arztes über die objektiven Notstandsvoraussetzungen nicht die Rede sein. Vielmehr glaubt der Arzt, berechnete und überwiegende Interessen dann zu verletzen, wenn er den Eingriff unterläßt. Damit ist hier "das Bewußtsein der Interessenverletzung geknüpft an die Unterlassung von Handlungen, für die man einen rechtfertigenden Sachverhalt annimmt <sup>167)</sup>." Deshalb wäre es in hohem Maße ungerecht, den Täter wegen vorsätzlicher Begehung der Tat zu bestrafen, wenn er sich - sei es auch in einem verschuldeten Irrtum - zur Vornahme der Handlung berechtigt und sogar verpflichtet hielt <sup>168)</sup>.

4. Auch aus rechtspolitischen Gründen ist die Sonderbehandlung des Irrtums beim rechtfertigenden Notstand nach den Grundsätzen des § 40 d.E. unangebracht.

a) Der Entwurf räumt selbst ein <sup>169)</sup>, daß durch die Bestimmung des § 40 gefährliche Spannungen zu § 19 entstehen können, worauf auch W e l z e l <sup>170)</sup> hinweist <sup>171)</sup>. So kann der "übergesetzliche" Putativnotstand mit anderen putativen Rechtfertigungsgründen zusammentreffen, z.B. mit Putativnotwehr in den Fällen einer vom Täter angenommenen Dauergefahr <sup>172)</sup>. Hier würden unlösbare Schwierigkeiten entstehen, wenn man zwar bezüglich der Putativnotwehr den Vorsatz ausschließen, bezüglich des Putativnotstands ihn aber bestehen lassen wollte <sup>173)</sup>.

---

167) E n g i s c h a.a.O. S. 593/94

168) so auch M e z g e r , N.Schr., 19. Sitzung, S. 38 ff

169) vgl. Umdruck J 9, Anl. 4 zur N.Schr. über die 18. Sitzung, S. 14 ff

170) JZ 55, 142 ff; N.Schr., 14. Sitzung, S. 22 ff

171) W e l z e l leitet daraus allerdings die entgegengesetzte Forderung ab, jeden Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund als Verbotsirrtum zu behandeln

172) W e l z e l a.a.O.

173) Nach E n g i s c h a.a.O. S. 611 kommt § 40 d.E. nur dann zum Zug, "wenn sich der Täter ausschließlich mit Putativnotstand verteidigen muß", während im Falle des Vorliegens von Putativnotstand und Putativnotwehr E n g i s c h die Bestimmung des § 19 angewendet wissen will.

b) E n g i s c h 174) gibt zu bedenken, "daß der § 40 des Entwurfs so, wie er jetzt dasteht, auch dazu dienen soll, Ausreden abzuschneiden und Fälle eines vermuteten aber nicht nachweisbaren Dolus aufzufangen... Man erklärt einfach: Offensichtlich habe der Täter die Sachlage nicht sorgfältig geprüft. Man ist dann auf Grund des § 40 in der Lage, den Täter wegen vorsätzlicher Tatbegehung zu bestrafen, als ob man ihn dessen überführt hätte, daß er in Wahrheit gar keinen Notstand angenommen hat."

Die Fassung des § 40 ermöglicht es also, die dort zugrunde gelegten Regeln über den Verbotsirrtum dazu zu mißbrauchen, um eine Verdachtsstrafe auszusprechen. Daß solche Verdachtsstrafen jedoch unstatthaft sind, bedarf keiner langen Erörterung: es würde gegen die Grundsätze des Strafprozessrechts verstoßen, wollte man den Vorsatz des Täters "unterstellen." Mit Hilfe des § 40 wäre dies aber eben leicht möglich 175).

B) Unterschiede des rechtfertigenden Notstands zu anderen Rechtfertigungsgründen, die eine von § 19 d.E. abweichende Regelung des Putativnotstands rechtfertigen

In einem nicht unerheblichen Punkt unterscheidet sich allerdings der rechtfertigende Notstand von anderen Rechtfertigungsgründen, z.B. von der Notwehr: Bei dieser tritt die Situation meist plötzlich an jemand heran, während die Notstandssituation nicht mit derartiger Vehemenz aufzutreten pflegt 176). Nun ist es zwar denkbar, daß ausnahmsweise die Notwehr nicht plötzlich auf jemand zukommt und umgekehrt die Notstandssituation wenig oder überhaupt keine Zeit zur Überlegung und Prüfung läßt. Diesem letzteren Gedanken kann man durch eine Zumutbarkeitsklausel Rechnung

---

174) a.a.O. S.611

175) vgl. auch L a n g e , N.Schr., 14.Sitzung, S.86, der darauf hinweist, daß die Befürchtung, es könne zu einem Beweisnotstand führen, weil die Berufung des angeklagten Arztes etwa darauf, er habe ernste Selbstmordgefahr für die Schwangere angenommen, nicht zu widerlegen sei, nicht zu einer Verdachtsstrafe führen dürfe.

176) so H a r d w i g a.a.O. S.378

tragen, wie das tatsächlich in § 40 d.E. geschehen ist <sup>177)</sup>. Die Ausnahme darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß dem Grundsatz nach doch ein wesentlicher Unterschied zwischen Notwehr und Notstand in dem Sinne besteht, daß es bei der ersteren generell auf schnelles Handeln, bei dem letzteren dagegen auf sorgfältige Überlegung und Prüfung ankommt <sup>178)</sup>, weil die Notstandssituation eben nicht rasch auf den Handelnden zuzukommen pflegt.

Ein weiterer Unterschied des rechtfertigenden Notstands zu anderen Rechtfertigungsgründen ergibt sich aus dem Wesen des Notstands selbst. Für die Notstandssituation ist nämlich charakteristisch "die Kollision mehrerer berechtigter Interessen", die "Notwendigkeit, in sozialem Interesse an sich schutzwürdige Güter zu opfern", so daß die "Notstandshandlung in der Regel nur unbeteiligte Güter in Mitleidenschaft zieht <sup>179)</sup>."

Die Anerkennung des Notstands als Rechtfertigungsgrund beruht auf dem Rechtsgrundsatz, daß es nicht gegen die Rechtsordnung verstößt, wenn zum Schutz überwiegender Interessen weniger schutzwürdige Interessen oder Rechtsgüter aufgeopfert werden <sup>180)</sup>. Um aber das Wertverhältnis der miteinander kollidierenden Güter richtig abschätzen zu können, muß der Notstandstäter stets eine pflichtmäßige Wertung und Abwägung der Interessen gegeneinander vornehmen, die ihrerseits wieder voraussetzt, daß der Handelnde gewissenhaft prüft, "ob überhaupt ein Widerstreit rechtlich geschützter Güter vorliegt, der nur durch Verletzung des einen Gutes gelöst werden kann <sup>181)</sup>", m.a.W. ob die objektiven Notstandsvoraussetzungen gegeben sind <sup>182)</sup>.

---

177) vgl. die Wendung des § 40: "wenn ihm eine solche Prüfung und Abwägung nach den Umständen nicht zuzumuten war"; zum ganzen siehe E n g i s c h a.a.O. S.612

178) vgl. J e s c h e c k, N.Schr.,14.Sitzung,S.93

179) M a u r a c h, Allg.Teil (1958) S.255

180) "Prinzip des überwiegenden Interesses", M a u r a c h a.a.O. S.256; RGSt 61,242 ff

181) RGSt 62,137 ff

182) Erst wenn feststeht, daß von einem Rechtsgut für ein anderes eine Gefahr droht, die nur durch Verletzung

Diese Gedankengänge hat das Reichsgericht zum ersten Mal in RGSt 62,137 ff mit vorbildlicher Präzision herausgearbeitet und an ihnen gilt es nach wie vor festzuhalten. Damit rechtfertigt es die Eigenart der Notstandssituation, eine Pflicht des Notstandstäters zur sorgfältigen Prüfung der Notstandsvoraussetzungen und gewissenhaften Abwägung der widerstreitenden Interessen dem Prinzip nach festzulegen<sup>183)</sup>. Sehr bestritten ist dabei aber, ob die Verletzung einer derartigen Prüfungs- und Abwägungspflicht den Vorwurf der vorsätzlichen oder fahrlässigen Tatbegehung begründet. Nach der hier vertretenen Auffassung kann nur die Bestrafung wegen eines Fahrlässigkeitsdeliktes in Frage kommen: der über die Voraussetzungen des rechtfertigenden Notstands irrende Täter befindet sich in einem Tatbestandsirrtum, der seinen Vorsatz ausschließt<sup>184)</sup>. Der Gesichtspunkt der sorgfältigen Prüfung und gewissenhaften Abwägung ist also eine reine Schuldewägung innerhalb der Fahrlässigkeit, von der die Frage, ob vorsätzliche Begehung gegeben ist, nicht abhängt<sup>185)</sup>. Daraus erhellt, daß die Frage danach, ob für den über die Notstandsvoraussetzungen schuldhaft (fahrlässig) irrrenden Täter ein Strafoedürfnis besteht, ein Problem im Bereich der Fahrlässigkeit ist. E n g i s c h<sup>186)</sup> hat für diesen "Sonderfall der Fahrlässigkeit" die Bezeichnung "Notstandsfahrlässigkeit" geprägt. Er stellt ausdrücklich fest<sup>187)</sup>, daß "Notstandsfahrlässigkeit" ein Fall der

---

des einen Guts gelöst werden kann, wird die weitere Prüfung bedeutsam (und sinnvoll), in welchem Verhältnis die Güter zueinander stehen; und die erste Prüfung muß eben ganz genau und sorgfältig erfolgen

183) zustimmend E n g i s c h a.a.O. S.612

184) so auch E n g i s c h a.a.O. S.609: "Auch bei der irrigen Annahme der Voraussetzungen des rechtfertigenden Notstands ist und bleibt Bestrafung wegen vorsätzlicher Tötung... u.s.w. ausgeschlossen. § 19 gilt insoweit auch hier"

185) M e z g e r, NSchr., 19.Sitzung, S.38 ff; L a n g e, N.Schr., 19.Sitzung, S.57

186) a.a.O. S.609

187) a.a.O. S.609

Tatbestandsfahrlässigkeit und kein Fall schuldhaften Verbotsirrtums ist.

Die Frage ist nun die, ob man diese "Notstandsfahrlässigkeit" generell unter Strafe stellen oder ob sich der Gesetzgeber überlegen soll, die gewöhnliche Fahrlässigkeit bei mehr Tatbeständen mit Strafe zu bedrohen, als das bisher schon der Fall ist <sup>188)</sup>.

E n g i s c h tritt für eine allgemeine Bestrafung der Notstandsfahrlässigkeit ein <sup>189)</sup>. Er ist der Ansicht, daß das Bedürfnis bestehe, bei a l l e n Delikten die leichtfertige Annahme der Notstandsvoraussetzungen zur Verantwortung zu ziehen, was dadurch erreicht werden könne, daß man § 19 Satz 2 in Verbindung mit § 15 Abs.2 d.E. <sup>190)</sup> dahin modifiziere, "daß eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger Begehung beim leichtfertigen Putativnotstand nicht nur dann stattfinden kann, wenn das Gesetz fahrlässiges Handeln ausdrücklich mit Strafe bedroht, sondern auch dann, wenn dies nicht der Fall ist <sup>191)</sup>."

Problematisch ist dabei allerdings, ob tatsächlich das Bedürfnis besteht, bei allen Straftatbeständen die Notstandsfahrlässigkeit unter Strafe zu stellen <sup>192)</sup>. Das kann gerade bei relativ harmlosen Eigentums- und Vermögensdelikten im Einzelfall zweifelhaft sein.

Arthur K a u f m a n n tritt dafür ein, lediglich an Hand der einzelnen Tatbestände die Bedürfnisprüfung vorzunehmen. Er ist der Auffassung, daß es allein darum gehe, "die normale Tatbestandsfahrlässigkeit überall dort unter Strafe zu stellen, wo ein sozialetisches Bedürfnis hierfür besteht <sup>193)</sup>."

Ein solches Strafbedürfnis könnte beispielsweise bei der Ab-

---

<sup>188)</sup> vgl. Arthur K a u f m a n n , JZ 56,393

<sup>189)</sup> vgl. seinen Fassungs-vorschlag auf S.31 dieser Arbeit

<sup>190)</sup> § 15 Abs.2 d.E. lautet: "Zur Strafbarkeit ist vorsätzliches Handeln erforderlich, wenn das Gesetz fahrlässiges Handeln nicht ausdrücklich mit Strafe bedroht"

<sup>191)</sup> a.a.O. S.609

<sup>192)</sup> Dies ist eine rechtspolitische Frage, die allein der Gesetzgeber zu entscheiden hat

<sup>193)</sup> JZ 56,393

treibung<sup>194)</sup>, der Beleidigung und möglicherweise bei der Freiheitsberaubung und auf dem Gebiete des Staatsnotstandes (§§ 99 ff StGB) bestehen.

Der Lösung E n g i s c h ' s ist aus folgenden Gründen der Vorzug zu geben:

1. Der "übergesetzliche" Putativnotstand ist nicht auf einzelne Straftatbestände wie z.B. den Tatoestand der Abtreibung beschränkt, sondern kann schlechthin bei jedem Tatbestand auftreten. Mit einer Sonderregelung nach Art des § 357 a österr. StGB wäre also das a l l g e m e i n e Problem des Putativnotstands nicht aus der Welt geschafft. Es ist aber völlig unmöglich, jedem Tatbestand eine Sonderbestimmung für den vermeintlichen Notstand anzufügen. Vielmehr muß dieser grundsätzlich geregelt werden. Darauf hat W e l z e l schon immer hingewiesen<sup>195)</sup>.

2. Die generelle Bestrafung der Notstandsfahrlässigkeit, welche deshalb nicht zu umgehen ist, "weil jedes Rechtsgut in Gefahr geraten kann, wenn jemand bei der Annahme einer Notstandssituation ohne zumutbare gewissenhafte Prüfung zum Handeln schreitet<sup>196)</sup>", kann auch nicht dadurch ersetzt werden, daß der Gesetzgeber die Zahl der Fahrlässigkeitsdelikte

---

194) Hier könnte etwa die Vorschrift des § 357 a des österr. StGB zum Vorbild dienen. § 357 a österr. StGB lautet: "Ein Arzt, der in der Absicht, von einer Schwangeren eine gegenwärtige, nicht anders abwendbare Lebensgefahr oder Gefahr dauernden Schadens an der Gesundheit abzuwenden, an der Schwangeren eine Handlung, wodurch eine Fehlgeburt eingeleitet oder die Frucht im Mutterleib getötet werden soll, vornimmt oder dazu rät, ohne sich vorher in gewissenhafter Weise, sofern aber darüber besondere Vorschriften bestehen, auf die darin bestimmte Art überzeugt zu haben, daß eine solche Gefahr wirklich besteht, macht sich eines Vergehens schuldig und wird.... bestraft, wenn die vermeintliche Gefahr nicht bestanden hat"

195) vgl. etwa JZ 55, 142 ff; N.Schr., 14. Sitzung, S. 22 ff

196) so E n g i s c h a.a.O. S. 612

vermehrt; denn in diesem Fall würden unbestreitbar strafwürdige Fälle straflos bleiben. Dagegen ist es unmöglich, jeden Tatbestand mit einer Strafdrohung für fahrlässige Tatbegehung zu versehen, weil nicht bei jedem Tatbestand die gewöhnliche Fahrlässigkeit strafwürdig erscheint. Damit bleibt als einziger Ausweg der, die Notstandsfahrlässigkeit als einen Sonderfall der Tatbestandsfahrlässigkeit <sup>197)</sup> generell unter Strafe zu stellen.

3. Führt man eine allgemeine Fahrlässigkeitsbestimmung beim rechtfertigenden Notstand ein, so wird der Gesetzgeber der Notwendigkeit enthoben, die Zahl der Fahrlässigkeitsdelikte aus dem Gesichtspunkt der Notstandsfahrlässigkeit zu vermehren. Auf diese Weise können zahlreiche Fahrlässigkeitsprobleme ausgeschaltet und eine wesentliche Vereinfachung der komplizierten Materie erreicht werden <sup>198)</sup>.

Somit erscheint die von E n g i s c h vorgeschlagene Vorschrift über die Notstandsfahrlässigkeit in besonderem Maße geeignet, den Problemen gerecht zu werden. Sie sichert in allen Fällen die rechtspolitisch erwünschte Bestrafung dieses Sonderfalls der Tatbestandsfahrlässigkeit und trägt auch dem Gedanken Rechnung, daß eine Bestrafung der Notstandsfahrlässigkeit nicht immer notwendig ist. Das ergibt sich aus der Fassung "... daß der Täter wegen Notstandsfahrlässigkeit auch dann bestraft werden k a n n ..." M.a.W.: Der über die Voraussetzungen des rechtfertigenden Notstands schuldhaft (fahrlässig) irrende Täter muß nicht, sondern "kann" bestraft werden. Er kann also, wenn seine Schuld gering oder die Folgen der Tat unbedeutend sind, ganz straffrei ausgehen. Ein Zusatz zu der vorgeschlagenen Bestimmung etwa in der Form: "In besonders leichten Fällen von Notstandsfahrlässigkeit kann der Richter die Strafe mildern oder ganz von Strafe absehen <sup>199)</sup>" ist so-

---

197) vgl. E n g i s c h a.a.O. S.609

198) Eine andere, hier nicht zu behandelnde Frage ist die, ob nicht aus anderen Gründen die gewöhnliche Fahrlässigkeit bei mehr Tatbeständen als bisher mit Strafe bedroht werden soll, z.B. ob es nicht angebracht ist, eine Strafbestimmung für fahrlässige Abtreibung zu schaffen

199) vgl. §§ 158, 157, 233 StGB

mit entbehrlich.

Da man sich auch mit den von E n g i s c h vorgesehenen Straforten für die Notstandsfaßrlässigkeit, nämlich Gefängnis, Haft und Geldstrafe <sup>200)</sup> einverstanden zu erklären hat, kann sein Gesetzesvorschlag ohne Vorbehalte akzeptiert werden.

Der Fassungs-vorschlag für die Irrtumsvorschrift beim rechtfertigenden Notstand lautet demgemäß in wörtlicher Übereinstimmung mit der Bestimmung E n g i s c h ' s :

"Hat der Täter irrig einen Sachverhalt angenommen, der die Tat wegen Notstands rechtfertigen würde, so ist er nur dann straffrei, wenn er die Sachlage sorgfältig geprüft und die widerstreitenden Interessen gewissenhaft abgewogen hat oder wenn ihm eine solche Prüfung und Abwägung nach den Umständen nicht zuzumuten war. Hat der Täter die Pflicht zu einer solchen Prüfung und Abwägung verletzt, so findet § 19 mit der Maßgabe Anwendung, daß der Täter wegen Notstandsfaßrlässigkeit auch dann bestraft werden kann, wenn das Gesetz faßrlässiges Handeln nicht ausdrücklich mit Strafe bedroht. Die für die vorsätzliche Begehung angedrohte Strafe ist dann nach den Grundsätzen des § 65 zu mildern. Jedoch darf auf Zuchthaus nicht erkannt werden. An Stelle der für die vorsätzliche Begehung angedrohten lebenslänglichen oder zeitigen Zuchthausstrafe tritt Gefängnis nicht unter sechs Monaten."

C) Stellungnahme zur Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs zum "übergesetzlichen" Putativnotstand

Abschließend gilt es noch, zu den Rechtsprechungsgrundsätzen des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs zum Putativnotstand Stellung zu nehmen, geht doch die Bestimmung des § 40 d.E. in erster Linie auf die Judikatur dieser beiden höchsten Gerichte zurück.

Das Reichsgericht und ihm folgend der Bundesgerichtshof ha-

---

200) vgl. E n g i s c h a.a.O. S.610

ben bekanntlich in die Lehre vom "übergesetzlichen" Putativnotstand das Erfordernis der "pflichtmäßigen Prüfung der Sachlage" eingebaut <sup>201)</sup> - ein sicherlich sehr ernst zu nehmendes Argument für die These, daß der Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen des rechtfertigenden Notstands ein Verbotsirrtum sei <sup>202)</sup>.

Das Reichsgericht hat die Erfüllung dieser Prüfungs- und Abwägungspflicht als sogenanntes subjektives Rechtfertigungselement konstruiert, also zu einer Rechtfertigungsvoraussetzung erhoben <sup>203)</sup>. Die Einführung "eines derartigen, subjektiven Unrechtselementes <sup>204)</sup>" verkennt die "objektive Natur des hier in Rede stehenden Rechtfertigungsgrundes <sup>205)</sup>" und bedeutet eine Überspannung der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen, die ihre Ursache im Fehlen der Trennung der beiden Fallgruppen des Vorliegens und des Nichtvorliegens der objektiven Notstandsvoraussetzungen hat, wie W e l z e l <sup>206)</sup> überzeugend nachgewiesen hat <sup>207)</sup>. Daß die Prüfungspflicht mit der objektiven Rechtswidrigkeit der Tat nichts zu tun haben kann, ergibt sich ganz klar aus den Ausführungen W e l z e l s. Denn "wollte man mit diesem Ergebnis Ernst machen", so schreibt er, "so müßte man jedem Arzt, der das Vorliegen der objektiven Notstandsvoraussetzungen zutreffend angenommen und die Frucht zum Zwecke der Rettung

---

201) vgl. z.B. RGSt 62,137 ff; 77,116 ff

202) W e l z e l ist der Auffassung, daß das Reichsgericht hier die Regelung der Schuldtheorie vorweggenommen habe, vgl. z.B. Strafrechtsprobleme S.14; NJW 52,564 ff; JZ 52,342; JZ 55,142 ff (143)

203) Das wird besonders deutlich in RGSt 62,137 ff: "Das pflichtmäßige Ermessen bildet hier wie auch in anderen Fällen eine s a c h l i c h e Voraussetzung für die Anerkennung der Rechtmäßigkeit"

204) neben dem Erfordernis des Vorliegens eines Rettungswillens, der als subjektives Rechtfertigungselement selbstverständlich gefordert werden muß, vgl. W e l z e l, JZ 55,142 ff; M a u r a c h, Allg.Teil (1958) S.243

205) M e z g e r, Allg.Teil (1957) S.127

206) JZ 55,143

207) vgl. auch Eb. S c h m i d t, ZStW 49,397 ff: "Für den Ausschluß des Unrechts kommt es nur auf die objektive Eignung und Erforderlichkeit der Handlung an"

der Mutter abgetrieben hatte, die Rechtfertigung versagen und ihn wegen vorsätzlicher Abtreibung bestrafen, wenn seine Untersuchung, in der er die Notstandsvoraussetzungen ermittelt hatte, nicht sorgfältig genug gewesen war <sup>208)</sup>."

W e l z e l betont mit Recht, daß die "pflichtmäßige Prüfung der Sachlage" auch deshalb völlig untauglich zum subjektiven Rechtfertigungselement ist, weil sie umgekehrt "vorliegen kann, ohne daß der Täter subjektiv gerechtfertigt wäre <sup>209)</sup>."

Es ist W e l z e l auch zuzugeben, daß die Prüfungspflicht erst dann bedeutsam werden kann, wenn es sich ausschließlich um Fälle handelt, in denen "die Notstandsvoraussetzungen objektiv nicht vorliegen, der Täter sie nur subjektiv annimmt <sup>210)</sup>", m.a.W. in den Fällen des Irrtums <sup>211)</sup>. In diesem Bereich ist die pflichtmäßige Prüfung der Sachlage kein subjektives Rechtfertigungselement, weil die Tat mangels der objektiven Notstandsvoraussetzungen überhaupt nicht gerechtfertigt sein kann <sup>212)</sup>. Aus diesem Grund kommt nur noch eine Entschuldigung der rechtswidrigen Tat wegen Putativnotstands in Frage <sup>213)</sup>.

Wenn gesagt wird, das Reichsgericht habe die Erfüllung der Prüfungspflicht beim Putativnotstand zu einer Rechtfertigungsvoraussetzung erhoben, so ist das nur bedingt richtig. Denn auch das Reichsgericht legte nicht auf das objektive Moment der Rechtfertigung, sondern doch auf das subjektive der Entschuldigung entscheidenden Wert. Das geht aus der Entscheidung des Reichsgerichts in RGSt 77,116 ff hervor,

---

208) a.a.O. S.143; vgl. auch E n g i s c h , ZStW 70,607

209) Das ist dann der Fall, wenn der Arzt die Patientin zwar sorgfältig untersucht, aber das verborgene Leiden, das ihn zu dem Eingriff berechtigt hätte, nicht findet. "Wenn er nun die Frucht ohne Kenntnis der Notstandsvoraussetzungen und ohne Rettungswillen abtreibt, fehlen ihm trotz 'pflichtmäßiger Prüfung der Sachlage' die subjektiven Rechtfertigungsvoraussetzungen" (aaO S.143, Anm.6 a)

210) a.a.O. S.143

211) Zustimmend Arthur K a u f m a n n , JZ 56,393; E n g i s c h a.a.O. S.607

212) W e l z e l , N.Schr., 14. Sitzung, S. 22 ff

213) W e l z e l a.a.O. S.22 ff

wo ausgeführt wird, daß bei einer Verletzung der Prüfungspflicht weder eine Rechtfertigung noch eine Entschuldigung der Tat wegen Putativnotstands in Frage komme. Wörtlich heißt es in dieser Entscheidung: "Die S c h u l d des Angeklagten könnte dann entfallen, wenn der Angeklagte von einer Sachlage ausgegangen sein sollte, die seine Handlungsweise gerechtfertigt hätte, und wenn er an eine Not der Bevölkerung geglaubt und nach s o r g f ä l t i g e r P r ü f u n g die Überzeugung erlangt hätte, daß diese Not vor- dringlicher sei als der Bedarf der Front... Wäre diese Voraussetzung gegeben, so könnte dem Angeklagten der § 59 StGB zugute kommen..."

Damit wird auch nach dem Reichsgericht das Merkmal der pflichtmäßigen Prüfung bedeutsam im Falle des Irrtums des Täters über das Vorliegen der objektiven Notstandsvoraussetzungen.

Hatte nun das Erfordernis der "pflichtmäßigen Prüfung der Sachlage" tatsächlich die Bedeutung eines neuen Rechtsgrundsatzes für die Irrtumsregelung, einer Vorwegnahme der Schuldtheorie, wie W e l z e l <sup>214)</sup> meint?

Dies muß nach allen bisherigen Ausführungen verneint werden. Dogmatische und sozialetische Gründe verbieten es, von Schuld- erwägungen, die den Vorwurf der Fahrlässigkeit begründen, wie der Verletzung der Prüfungs- und Abwägungspflicht <sup>215)</sup> die Frage nach der Vorsätzlichkeit des Handelns abhängig zu machen. Daß es sich im Falle des schuldhaften Irrtums des Täters über die tatsächlichen Voraussetzungen des rechtfertigenden Notstands nicht um eine vorsätzliche Tatbegehung handelt, gibt selbst W e l z e l indirekt zu, wenn er fordert <sup>216)</sup>, daß der in schuldhaftem Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund handelnde Täter niemals schlechthin wegen einer vorsätzlichen Tat, sondern nur mit einem den Irrtum konkret kennzeichnenden Zusatz verurteilt werden dürfe <sup>217)</sup>. "Hier

---

214) vgl. etwa JZ 55, 143

215) vgl. Eb. S c h m i d t, ZStW 49, 394 ff

216) JZ 55, 144, Anm. 21

217) z.B.: "Der Täter wird wegen vorsätzlicher... Abtreibung bestraft..., weil er irrig annahm, die Voraussetzungen einer Schwangerschaftsunterbrechung lägen vor"

macht sich unter der dünnen Schicht der blendenden Logik vom Unbewußten her das Materielle geltend <sup>218)</sup>."

Arthur Kaufmann hat ganz recht, wenn er betont <sup>219)</sup>, daß der Arzt, der fälschlich eine Lebensgefahr der Mutter bei Fortbestehen der Schwangerschaft annimmt und daher zum Zwecke der Rettung der Mutter die Frucht beseitigt, nicht weiß, was wirklich vorliegt und was er in Wahrheit tut. Damit kann es als erwiesen angesehen werden, daß das Reichsgericht und der Bundesgerichtshof "eine Lücke des Gesetzes in sehr bedenklicher Weise geschlossen <sup>220)</sup>" haben, wenn sie den über die Voraussetzungen des rechtfertigenden Notstands fahrlässig irrenden Täter mangels eines entsprechenden Fahrlässigkeitstatbestandes wegen vorsätzlicher Begehung, z.B. wegen vorsätzlicher Abtreibung bestraft haben. Beide Gerichte hätten sicherlich nicht eine typische Fahrlässigkeitstat in eine Vorsatztat umgedeutet, wenn fahrlässige ("leichtfertige") Abtreibung strafbar wäre <sup>221)</sup>. In diesem Fall hätte ein Bedürfnis für Bestrafung wegen vorsätzlicher Tat nicht bestanden <sup>222)</sup>.

Daß die Rechtsprechung des Reichsgerichts zum "übergesetzlichen" Putativnotstand nicht richtig war, geht auch daraus hervor, daß das Reichsgericht bei anderen putativen Rechtfertigungsgründen immer nur wegen fahrlässiger Begehung bestraft hat. Hier bedurfte es der Umdeutung einer fahrlässigen in eine Vorsatztat nicht, weil bei diesen Rechtfertigungsgründen praktisch nur solche Tatbestände in Frage kamen, bei denen auch die Fahrlässigkeit unter Strafe gestellt ist: Bei der Putativnotwehr und der irrtümlichen Annahme eines Züchtigungsrechts die Tatbestände der fahrlässigen Körperverletzung und der fahrlässigen Tötung (§§ 230 und

---

218) M e z g e r , N.Schr., 19.Sitzung, S.38 ff

219) JZ 54,658

220) Arthur Kaufmann a.a.O. S.658

221) so auch E n g i s c h , ZStW 70,613: "Zu seiner Fehlkonstruktion wurde das Reichsgericht nur dadurch gedrängt, daß die fahrlässige Abtreibung nicht unter Strafe steht..."

222) vgl. Arthur Kaufmann a.a.O.; L a n g e , Irrtumsfragen bei der ärztlichen Schwangerschaftsunterbrechung, JZ 53,9 ff (12)

222 StGB).

Zusammenfassend ist zu sagen, daß die Bestrafung des in schuldhaftem Irrtum über die Notstandsvoraussetzungen handelnden Täters wegen vorsätzlicher Begehung durch das Reichsgericht eine Fehlkonstruktion war, hervorgerufen durch den Mangel an entsprechenden Fahrlässigkeitstatbeständen. Das zweifellos vorhanden gewesene rechtspolitische Bedürfnis, die Verletzung der Prüfungspflicht beim Putativnotstand zu ahnden <sup>223)</sup>, hätte nicht zu einer Umdeutung von fahrlässigen in vorsätzliche Delikte führen dürfen.

## II. Der Irrtum über den entschuldigenden Notstand

Da der Irrtum über den entschuldigenden Notstand nach § 39 Abs.2 Satz 2 d.E. ein Irrtum über einen Schuldaußschließungsgrund ist, kann weitgehend auf die Ausführungen zu den putativen Entschuldigungsgründen im allgemeinen <sup>224)</sup> verwiesen werden.

Wie bei jedem Irrtum über einen entschuldigenden Sachverhalt bezieht sich auch hier der Irrtum des Täters weder auf den Tatbestand noch auf die Rechtswidrigkeit <sup>225)</sup>, sondern "lediglich auf die Voraussetzungen, die seine Schuld ausschließen würden <sup>226)</sup>", so daß die L.v.d.n.T. nicht anwendbar ist. Nach der hier vertretenen Auffassung ist es daher angebracht, die Regeln über den Verbotsirrtum auf derartige Irrtumsfälle zu erstrecken <sup>227)</sup>. Das ist in § 40 d.E. geschehen, weil dort auf die Erfüllung der Prüfungs- und Abwägungspflicht als Entschuldigungsvoraussetzung abgestellt worden ist. Die Verletzung dieser Prüfungs- und Abwägungspflicht begründet also im Bereich des "strafrechtlichen" Putativnotstands den Vorwurf der vorsätzlichen Tatbegehung.

---

<sup>223)</sup> vgl. E n g i s c h a.a.O. S.613

<sup>224)</sup> vgl. oben S.82 ff

<sup>225)</sup> Glaubt der Täter allerdings infolge dieses Sachverhaltsirrtums, kein Unrecht zu tun, so kommen die Regeln des Verbotsirrtums (§ 20 d.E.) unmittelbar zur Anwendung, vgl. Begr. zu § 40 d.E., S.48

<sup>226)</sup> D r e h e r , N.Schr., 14.Sitzung, S.59

<sup>227)</sup> Gegen Arthur K a u f m a n n , JZ 56,353; L a n g e ,

Damit ist die Regelung des § 40, soweit sie den Irrtum über den entschuldigenden Notstand betrifft <sup>228)</sup>, richtig. § 40 ist jedoch entbehrlich, wenn die allgemeine Irrtumsvorschrift über Entschuldigungsgründe entsprechend den Verbotsirrtumsregeln umgeändert wird <sup>229)</sup>. In diesem Fall kann die Regelung des § 40 in der allgemeinen Irrtumsvorschrift aufgehen. In der Sache bedeutet die hier vorgeschlagene Bestimmung über putative Entschuldigungsgründe und die des § 40 über den Putativnotstand dasselbe, weil der Irrtum über den entschuldigenden Sachverhalt dem Täter eben dann vorzuwerfen ist, wenn er der Prüfungs- und Abwägungspflicht nicht genügt und wenn ihm außerdem eine derartige Prüfung und Abwägung nach den Umständen zuzumuten ist (§ 40 Abs.1 Satz 1 d.E.). Im Falle des verschuldeten Irrtums kann die Strafe nach § 65 Abs.1 d.E. entsprechend der Schuld des Täters gemildert werden.

---

N.Schr., 14.Sitzung, S.86 ff; Eb. S c h m i d t , N.Schr., 19.Sitzung, S.5/6,34, die das Problem des Irrtums über Entschuldigungsgründe nicht als Irrtums- sondern als Zumutbarkeitsfrage auffassen

- 228) zu welchem auch der Nötigungsstand nach § 52 StGB gerechnet werden muß, weil dieser lediglich einen Sonderfall des Notstands darstellt (vgl.Stellungnahme des BJM, Umbruck J 9, Anl.4 zur N.Schr. über die 18.Sitzung, S.9 ff)
- 229) vgl. den Fassungs-vorschlag S.85, welcher lautet: "Wer bei der Begehung der Tat irrig einen Sachverhalt annimmt, der die Tat entschuldigen würde, ist ohne Schuld, wenn der Irrtum ihm nicht vorzuwerfen ist. Ist ihm der Irrtum vorzuwerfen, so kann die Strafe nach § 65 Abs.1 gemildert werden"

## Lebenslauf

Am 27. März 1934 wurde ich als Sohn des Diplom-Volkswirts Fritz Sengmüller in Königsdorf, Landkreis Bad Tölz geboren.

Von 1940 bis 1944 besuchte ich die Volksschule Halfing, ab 1944 die Oberrealschule Rosenheim, wo ich mich am 14. Juli 1953 mit Erfolg der Reifeprüfung unterzog.

Ab Wintersemester 1953/54 studierte ich ohne Unterbrechung sieben Semester lang Rechtswissenschaft an der Ludwig - Maximilians - Universität in München. Am 7. August 1957 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung in München. Seit 1. Oktober 1957 stehe ich im Bereich des Oberlandesgerichtsbezirks München bzw. des Regierungsbezirks Oberbayern im Vorbereitungsdienst als Rechtsreferendar.

*Erich Sengmüller*  
Erich Sengmüller





